Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag nach B.G.B. unter Berücksichtigung des früheren Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt

von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Hans Freund
Referendar.

Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Referent: Professor Dr. **Leonhard.**
Correferent: Professor Dr. **Herbert Meyer.**

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0012

Inhaltsangabe.

Seite

I. Was bedeutet Geschäftsführung ohne Auftrag (Berücksichtigung des früheren Rechts). . . . . 9—23

II. Anspruchsvoraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag.

1. Ausnahme des § 685 B.G.B. . . . . 23—24

2. Ansprüche bei Genehmigung und ungerechtfertigter Bereicherung. . . . . 25—27

3 Voraussetzungen der Ansprüche nach § 683 B.G.B.

a) Interesse des Geschäftsherrn (utilitas, objektive und subjektive Theorie). . . . . 28—35

b) Wirklicher oder mutmasslicher Wille des Geschäftsherrn. . . . . 35—39

c) Interesse und Wille. 39

d) Mangelnder Wille. . . . . 39—41

4. Ausnahme des § 683 Satz 2. . . . . .

a) Früheres Recht. . . . . 41—42

b) Bedeutung des § 679 B.G.B. . . . . 42—44

III. Die Ansprüche im einzelnen.

1. Früheres Recht. . . . . 45—47

2. Aufwendungen im Sinne des § 670 B.G.B. . . . 47—55

Literatur-Verzeichnis.

Aarons, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio 1860.

Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftragslosen Geschäftsführung 1903. (in den Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozess herausgegeben von Otto Fischer).

Das B.G.B. herausgegeben von Reichsgerichtsräten 1910.

Carl, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen. Halle 1909.

Chambon, Die negotiorum gestio 1848.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechtes. 1. Bd. 1899.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes. Bd. 2 1902.

Dankwardt, Die negotior. gestio 1855.

Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. 2 1897.

— Pandekten Bd. 2 1894

— Das Bürgerliche Recht (die Schuldverhältnisse). 1905.

Eisele, Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars. Arch. für civ-Praxis Bd. 84

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1899.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands 1909.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht 1898.

Entsch. des Preussischen Obertribunals. Bd. 81.

Ernst, Interesse und Wille im § 693 B.G.B. Tübinger Inaug.-Diss 1904.

Fischer-Henle, B.G.B. Handausgabe 1906.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht Bd. 2 1898.

Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B. 1903.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 1899.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. 1900. (in den Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozess herausgegeben von Otto Fischer Bd. 6).

Köllner, Die Grundzüge der Obligatio negotiorum gestorum 1856.

Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht in Jherings Jahrbüch. Bd 25.

Koch, Das Allgemeine Landrecht Bd. 2 1862.

Krüger-Mommsen, Das Corpus iuris civilis.
Landsberg, Das Recht des B.G.B. erste Hälfte 1904.
Leist, Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögens-Angelegenheiten 1855.
Lenel, In den Jahrb. f. Dogm. Bd. 44 1902.
Leonhard, Rud., Der Irrtum bei nichtigen Verträgen Berlin 1882.
Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. Bd. 2 u. 3.
Matthias, Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts 1910
Meisner, Recht der Schuldverhältnisse 1898.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts.
v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte 1878.
Oertmann, Kommentar zum B.G.B Recht der Schuldverhältnisse 1899.
— Die Zahlung fremder Schulden, Arch. f. civ. Praxis Bd. 82.
Planck, Kommentar zum B.G.B. 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B.G.B. Bd. 2.
Reatz, Die zweite Lesung des Entw. eines B.G.B. Bd. 1.
Ruhstrat, Arch. f. civ. Praxis Bd. 32, 33, 64 u. Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 u. Bd. 27.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1904.
Schulz, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn. Rostocker Inaug. Diss. 1900.
Seufferts, Arch. Bd. 3, 14, 42, 46 u. 63.
Sintenis, Das prakt. gemeine Zivilrecht 1861.
Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 2 1907.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B Bd 2 1910.
Stelzner, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn nach dem B.G.B. Strassburger Inaug.-Diss. 1900.
Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem B.G.B. 1897.
— Das Grundprinzip der negotiorum gestio 1862.
— Das Negotium utiliter gestum 1878.
Thibaut, System des Pandektenrechts 1805.
Thon, Arch. f. civ. Praxis Bd. 80.
v. Thur, Die Actio de in rem verso 1895.
Unger, Handeln auf fremde Gefahr, in Jherings Jahrb. Bd. 33.
v. Vangerow, Lehrb. d. Pandekten Bd. 3 1876.
Wächter, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio (Arch. f. civ. Praxis) Band 20.
Windscheid-Kipp, Pandekten Band 2. 1900.
Witte, Die Bereicherungsklagen des römischen Rechts. Halle 1859.
Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio 1879.
Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio 1872.

I.

Damit eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist in erster Linie erforderlich, dass ein Geschäft, ich sage „geführt“ oder „besorgt“ ist. Denn daran, dass im § 677 B.G.B. der Ausdruck „besorgt“, nicht „geführt“ gebraucht wird, darf man sich keineswegs stossen. Vielmehr ist beides identisch, und die in der Literatur vertretene gegenteilige Auffassung hierüber unzutreffend. Schollmeyer behauptet nämlich, dass „Geschäftsbesorgung“ im § 675 enger zu fassen sei als in den §§ 662 u. 677 B.G.B.[1]). Mit Recht führt Brückmann dagegen aus, dass der Ausdruck „Geschäftsbesorgung“ lediglich „aus den Gründen des sprachlichen Taktes zu erklären ist, d. h. das Gesetz wollte denselben Ausdruck nicht zweimal hintereinander verwenden“[2]). Die inhaltliche Gleichstellung von Geschäftsführung und Geschäftsbesorgung ergibt sich, wie auch Oertmann zutreffend bemerkt, „nicht nur aus der historischen Entwickelung, sondern für das B.G.B. auch aus der Gleichheit des Wortlautes in den §§ 662, 677, sowie der Nebeneinanderstellung beider Materien“[3]).

Schwieriger und weit erheblicher ist die Frage, was unter „Geschäften“ im Sinne der §§ 677 ff. B.G.B. zu verstehen ist.

Da der Gesetzgeber eine Begriffsbestimmung nicht gegeben hat, ist der Begriff „Geschäft“ Gegenstand einer leb-

---

[1]) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 91, 99, 100, Anm. 1 u. 2.

[2]) Brückmann, Die Rechte d. Geschäftsführers ohne Auftrag S. 9 u. 10.

[3]) Oertmann, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 Vorbem. zu § 677 N. 2 S. 412.

haften Kontroverse geworden, und zwar handelt es sich bei diesem Streite darum, ob unter „Geschäfte“ ausschliesslich Rechtsgeschäfte oder aber auch Handlungen rein tatsächlicher Natur fallen, — ein Streit, der im römischen und gemeinen Recht nicht aufkommen konnte. Die Quellen, wo als Beispiele für negotia gesta die Reparatur eines Hauses, die Heilung eines kranken Sklaven genannt sind, (l. 9 (10) § 1 D. 3, 5) lassen keinen Zweifel darüber, dass unter Geschäften nicht bloss Rechtsgeschäfte, sondern auch Handlungen tatsächlicher Natur gemeint sein sollen.

Ein Hauptvertreter der Auffassung, dass unter Geschäften lediglich Rechtsgeschäfte zu verstehen sind, ist Staub, der zur Begründung seiner Ansicht u. a. geltend macht, dass bei Auslegung eines Gesetzbuches, welches als Geschäftsfähigkeit die Fähigkeit zur Eingehung von Rechtsgeschäften hinstelle, unter der Geschäftsbesorgung die Besorgung von Rechtsgeschäften zu verstehen sei[1]).

Diese Auffassung ist nicht haltbar. Sie ist auch in der neueren Literatur mit Recht fast durchweg abgelehnt worden.

Schon in den Motiven zum B.G.B. heisst es: „Bei dem Ausdrucke „ein Geschäft besorgen“ ist schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauche das Missverständnis ausgeschlossen, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, nicht auch tatsächliche Dienstleistungen zu verstehen wären. Die Geschäftsbesorgung kann sich auf ein einzelnes Geschäft, oder auf eine Reihe von Geschäften oder alle Geschäfte einer Person beziehen“[2]).

Ein weiteres Argument gegen die hier bekämpfte Auffassung, ergibt sich aus § 682 B.G.B., wonach auch ein Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger Geschäftsführer sein kann. Nun sind aber Geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte zur Vornahme von Rechtsgeschäften grundsätzlich unfähig. Deshalb müssen unter den

[1]) Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. 2, § 362, Anm. 2 S. 1149.

[2]) Motive, Bd. 2, S. 855.

Begriff „Geschäfte“ auch rein tatsächliche Handlungen fallen. Weiter mag darauf hingewiesen werden, dass in einer Reihe Gesetzesstellen ausdrücklich eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vorgeschrieben wird, (cf. §§ 450, 547, 601, 994, 1049, 1216, 2115 B.G.B.). Es ist nicht anzunehmen, dass in allen diesen Fällen der Ersatzanspruch des Verkäufers, Mieters, Entleihers, Besitzers, Niessbrauchers u. s. w. nur bei Aufwendungen gegeben ist, die aus Rechtsgeschäften herrühren. Vielmehr wird gerade in den meisten dieser Fälle der Ersatzanspruch aus tatsächlichen Dienstleistungen oder Handlungen hergeleitet werden. Endlich kommt in Betracht, dass, wie Isay hervorhebt, das Gesetz gelegentlich auch die Besorgung von fremden Geschäften eine solche von fremden Angelegenheiten nennt (cf. §§ 1688, 1796, 1900 ff. B.G.B.)[1]).

Ist sonach unter Geschäftsbesorgung im Sinne der §§ 677 ff. B.G.B. auch die Besorgung rein tatsächlicher Geschäfte zu verstehen, so begegnen wir ferner einer Meinungsverschiedenheit darüber, was tatsächliche Geschäfte sind. Vielfach ist die Ansicht vertreten, dass nicht jede tatsächliche Handlung geeignet sei, Objekt einer Geschäftsführung zu sein. Cosak versteht unter Geschäftsbesorgung die Tätigkeit, die entweder auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes oder auf die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen, aber doch rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührenden Tätigkeit gerichtet ist[2]).

Isay, der im übrigen Cosak beitritt, fordert ausserdem noch, dass durch die Tätigkeit das Vermögen eines Anderen unmittelbar berührt wird, und geht damit so weit, dass er dem Bergführer, der einem von ihm von Weiten bemerkten verirrten Touristen zur Hilfe kommt und ihn rettet, jeglichen Anspruch abspricht. Für diese nach seiner Meinung sich aus dem Gesetz ergebende Härte erwartet er in der Weise Abhilfe, dass die Rechtsprechung von der im § 612

---

[1]) Isay, Die Geschäfts. nach d. B.G.B., S. 43, 44.

[2]) Cosak, Lehrb. d D.B.R Bd. I, S. 508.

B.G.B. gegebenen Handhabe der stillschweigenden Vereinbarung Gebrauch machen werde[1]).

Diese Auffassung Isays befriedigt keineswegs. Mit Planck ist ihm entgegen zu halten, dass die im § 680 B.G.B. vom Gesetz gebrauchten Worte „eine dem Geschäftsherrn drohende, dringende Gefahr“ so auszulegen sind, dass es nicht darauf ankommt, ob die Gefahr der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn droht[2]).

Unzureichend ist auch der Standpunkt Endemanns, der unter Geschäft „jede dem Bürgerlichen Recht angehörige Leistung“ verstanden wissen will, da er damit z. B. ein sehr wesentliches Geschäft, die Prozesshandlung, ausschliesst[3]).

Annehmbar ist nur, weil allein dem Sprachgefühl und den Bedürfnissen des Lebens gerecht werdend, die von Hellwig gegebene, von Lenel, Kipp u. a. gebilligte Definition[4]). Hellwig führt aus: Die Feststellung dieses vom B.G.B. in den §§ 662 u. 675 verwendeten Begriffes sei schwierig. Sie kann seiner Auffassung nach nur gelingen, wenn man unter Besorgung eines Geschäftes die Entfaltung der Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten versteht, also die Tätigkeit, welche auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (rechtlicher oder tatsächlicher Art) gerichtet ist[5]).

Ich glaube, dass man hiermit den Weg beschreitet, den die Motive gewiesen haben. Weder der Wortlaut, noch der Sinn des § 677 B.G.B. erheischen oder gestatten auch nur eine engere Auslegung[6]).

---

[1]) Isay, a. a O. S. 45 u. 47.

[2]) Planck, Kommentar zum B.G.B. S. 691.

[3]) Endemann, Lehrb. d. B.R. § 177. A. 1 S. 800.

[4]) Lenel, Jahrb. f. Dogm. Bd. 44, S. 35. Kipp-Windscheid, Pandekten S. 675. Brückmann, a. a. O S. 26.

[5]) Hellwig, Vertr. auf Leistung an Dritte S. 517, Anm 42.

[6]) Crome, System des Deutsch B.R. § 254, Anm 1. Oertmann, a. a. O. S. 393.

Hierbei ist allerdings die Einschränkung zu machen, dass die ausschliesslich dem Gebiete der Religion, der Liebe oder des Anstandes angehörenden Handlungen, wie nicht Gegenstand einer Obligation, so auch keine Geschäftsführung im Sinne der §§ 677 ff. B.G.B. darstellen können[1]), oder, wie Brückmann sagt: „Dem Verpflichtungswillen wird sich die Rechtsordnung überall da versagen müssen, wo der Rechtszwang mit unseren sittlichen Empfindungen unverträglich ist[2])."

Damit eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt, ist wie auch im früheren Recht, ein weiteres Erfordernis, dass ein Geschäft „für einen Anderen" besorgt ist. Die Frage, wann dies der Fall ist, hat von jeher Anlass zu Zweifeln gegeben. In der gemeinrechtlichen Literatur unterschied man objektiv und subjektiv fremde Geschäfte. Unter objektiv fremden Geschäften verstand man solche, bei denen es ihrer ganzen Beschaffenheit nach offenbar war, dass sie nur für einen Anderen, nicht vom Geschäftsführer für sich, geführt worden waren (et alterius re ipsa gestum negotium sit. (l. 5. § 13. D. 3, 5). Unter subjektiv fremden Geschäften verstand man diejenigen, deren Beschaffenheit keinen Schluss darauf gestattete, dass der Geschäftsführer einen Anderen verpflichten wollte. Erst der Wille des Geschäftsführers brachte das Geschäft in Beziehung zu dem Vermögen des dominus (negotium quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum l. 5 § 11. D. h. t.)

Nach Dernburg[3]) sind objektiv fremde Geschäfte diejenigen, welche unmittelbar dem fremden Vermögenskreise zugehören, z. B. die Reparatur eines fremden Hauses. Subjektiv fremde Geschäfte solche, die an sich neutral sind und erst durch den Willen des Geschäftsführers Anderen zugewendet werden. Eine dogmen-geschichtliche Entwickelung des Begriffes „Fremdes Geschäft", gibt Aarons, auf Grund deren er zu folgender Formulierung gelangt:

[1]) Engelmann, Das B.R. Deutschl. S. 156.
[2]) Brückmann, a. a. O. S. 17.
[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2. § 122 1a.

„Ein negotium alienum sei diejenige Handlung, welche den Inhalt habe, einem fremden Vermögen ein Objekt der Berechtigung resp. Verpflichtung hinzuzufügen, oder ein darin bereits befindliches zu entfernen, oder zu modifizieren, oder aber eine dieser Tatsachen zu verhindern[1]). Windscheid ist mit Recht der Ansicht, dass „diese oder eine ähnliche Formel dem Richter für die Entscheidung des einzelnen Falles keine Hülfe gewähren werden“[2]).

Sturm glaubt, dass die Unterscheidung nur Zweck habe, wenn der gestor für den Herrn ein Rechtsgeschäft abschliesse. Hierbei müsse der gestor nach aussen hin den Willen offenbaren, für den Herrn zu handeln. Eine Feststellung des Begriffs des objektiv fremden Geschäftes hält er für unmöglich[3]).

Auch in die neuere Gesetzgebung ist die Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften übergegangen. So bestimmt § 1358 des Sächsischen B.G.B.: „Bei Geschäften, welche an sich nicht die Geschäfte desjenigen sind, für welchen gehandelt wird, und bei welchen die Person des Geschäftsherrn bloss durch die Willensrichtung des Geschäftsführers bestimmt wird, gilt das Geschäft als ein Geschäft des Geschäftsherrn nur, wenn er dasselbe genehmigt, und nur unter dieser Voraussetzung ist der Geschäftsführer zu dem Anspruch auf Erstattung der Verwendungen berechtigt[4]).

Das B.G.B. nun hat dem sich aus dieser Unterscheidung ergebenden Zweifel ein Ende machen wollen. Die Motive besagen: Durch die Fassung der Voraussetzung „für einen Anderen“, nicht „eines Anderen“, ist zunächst die in der Doktrin vertretene, auch in der Gesetzgebung (§ 1358 des S. B.G.B.) zum Ausdruck gelangte Unterscheidung zwischen objektiv fremden Geschäften, wenn das besorgte Geschäft an sich als ein Geschäft des Geschäftsherrn er-

[1]) Aarons Beitr. zur Lehre v. d. neg. gestio S. 195.
[2]) Windscheid, a. a. O. S. 853, Anm. 1.
[3]) Sturm, Die Lehre v. d. G. o. A. nach dem B.G.B. S. 30.
[4]) Meisner, Anm. 3 zu § 677, S. 215.

scheint, und subjektiv fremden Geschäften, wenn es an sich als ein solches sich nicht darstellt, wohl aber von dem Geschäftsführer für den Geschäftsherrn bestimmt gewesen ist, abgelehnt . . . Diese Unterscheidung könnte nur in den Fällen, wenn die Geschäftsbesorgung in einem von dem Geschäftsführer abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bestehe, praktische Bedeutung haben [1]).

Die Motive setzen sich aber nach der eben angeführten Ablehnung der Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften mit sich selbst in Widerspruch, wenn sie kurz darauf sagen: „Es genügt insbesondere auch für die actio directa nicht die blosse Tatsache, dass — objektiv — ein fremdes Geschäft besorgt wurde“ (S. 856). Und in Wahrheit ist auch heute noch der Begriff des objektiv fremden Geschäftes besonders zum Verständnis der §§ 686 u. 687 B.G.B. unentbehrlich. Auf diesem Standpunkt stehen fast sämtliche neueren Schriftsteller, so insbesondere Staudinger (S. 1212), Planck (S. 684), Oertmann (Vorb. 3 zu § 677, S. 412).

Auch Brückmann ist der Ansicht, dass der Begriff des objektiv fremden Geschäfts dem B.G.B. keineswegs fremd ist [2]).

Demnach bleibt die Frage, was man unter einem objektiv fremden Geschäfte zu verstehen hat. Isay hat deshalb versucht, die Kriterien des objektiv fremden Geschäftes festzustellen. Er geht davon aus, dass die gemeinrechtlichen Begriffsbestimmungen darauf hinausgehen, juristische Grenzen jenes Begriffs zu finden. Dadurch aber mussten diese Versuche fehlgehen, denn es kann nicht die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse sein, die für die Qualität eines Geschäfts als eines fremden bestimmend ist. Auf Grund seiner Ausführungen kommt er zu dem Ergebnis, dass ein objektiv fremdes Geschäft dann als vorliegend zu erachten ist, wenn es nach der Anschauung des Verkehrs zu Folge

[1]) Motive, S. 855.

[2]) Brückmann, a. a. O. S. 41.

seines Inhalts oder seines Gegenstandes von einem dem Handelnden fremden Interesse beherrscht wird [1]).

Man ersieht, dass es trotz dieser Formulierung für den Richter nicht möglich sein kann, diese Definition generell anzuwenden. Es ist demnach m. E. unmöglich, den Begriff des objektiv fremden Geschäftes in ein für jeden Fall passendes Gewand zu bringen, wie denn auch die Motive sagen, dass die Feststellung des in Frage stehenden Begriffs auf kaum zu besiegende Schwierigkeiten stossen würde [2]).

Bei dieser Frage kommt es eben zu sehr auf den konkreten Fall an, und der Richter wird nach den Grundsätzen über die freie Beweiswürdigung am besten selbst festzustellen haben, wann ein objektiv fremdes Geschäft vorliegt. Ihn hierbei durch Definitionen unterstützen zu wollen, erscheint verfehlt.

Erforderlich aber ist für alle Fälle, dass der Geschäftsführer in dem Bewusstsein, ein fremdes Geschäft vor sich zu haben, die Absicht hat, dieses Geschäft für einen Anderen zu führen. Eine gültige Geschäftsführung ohne Auftrag liegt demnach nicht vor, wenn der Geschäftsführer nicht weiss, dass er ein fremdes Geschäft führt, oder wenn er — selbst rechtswidrig — nicht die Absicht hatte, das Geschäft für einen Anderen führen zu wollen. (§ 687 B.G.B.).

Die Motive betonen dies noch ausdrücklich, indem sie sagen: „Damit, dass als Erfordernis der negotiorum gestio die Besorgung des Geschäftes für einen Anderen gesetzt wird, ist aber weiter ausgedrückt, dass der Geschäftsführer mit dem Bewusstsein und dem Willen gehandelt haben muss, das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen“ [3]).

Isay will im Anschluss an § 932 Abs. 2 B.G.B. aus Gründen der Billigkeit den § 687 Abs. 1 B.G.B. ausschliessen, wenn dem Geschäftsführer infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass das Geschäft nicht sein eigenes ist [4]).

---

[1]) Isay, a. a. O. S. 61 flgd. insbes. S. 69.
[2]) Motive, S. 856.
[3]) Motive, S. 856.
[4]) Isay, a. a. O. S. 104.

Mit Recht ist diese Auffassung, weil sie dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht, abgelehnt worden, da hier das Wissenmüssen nicht, wie im § 932 Abs. 2 B.G.B. dem Wissen gleichgestellt ist[1]).

Während das gemeine Recht und das Allgemeine Landrecht bei dieser sogenannten unechten negotiorum gestio eine Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung gaben, lässt das B.G.B. Ansprüche aus der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zu. Diese ist keine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des Gesetzes.

Dagegen schadet es nichts, wenn der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn im Irrtum ist.

Schon im gemeinen Recht war anerkannt, dass ein blosser Irrtum über die Person des Geschäftsherrn einflusslos sei. Die Verbindlichkeiten und Rechte entstanden dann nicht zwischem dem Geschäftsführer und dem vermeintlichen, sondern zwischen dem Geschäftsführer und dem wirklichen Geschäftsherrn[2]). Derselbe Standpunkt findet sich im Allgemeinen Landrecht, wo es heisst: „Ein Irrtum des Handelnden in der Person dessen, für welchen er ein Geschäft übernommen zu haben glaubt, ändert nichts in Beziehung auf das Geschäft selbst und dessen rechtliche Folgen[3]). Dem ist auch das B.G.B. gefolgt. Es gilt demnach auch heute noch, was Kohler für das gemeine Recht sagt: „Die Menschenhülfe braucht nicht die Hülfe für einen bestimmten Menschen zu sein. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der gestor den dominus kannte, für welchen er tätig war, es kommt auch nicht darauf an, ob er einen anderen dominus für den richtigen hielt: Der gestor hat eine Menschenhülfe geleistet, und es treten darum die charakteristischen Erfolge der negotiorum gestio utilis ein“[4]), mit anderen Worten berechtigt und verpflichtet wird der wirkliche Geschäftsherr. Der Fall kann naturgemäss nur bei den objektiv fremden

[1]) Planck, a. a. O. S. 698. Dernburg, D.B.R. Bd. 2, S. 386.
[2]) Windscheid, a. a. O. S. 866.
[3]) A. L. R. Teil I. Tit. 13, § 261.
[4] Kohler, Die Menschh. im Privatr. S. 67.

Geschäften vorkommen, da beim subjektiv fremden Geschäft erst der Wille des Geschäftsführers, einen bestimmten Geschäftsherrn zu verpflichten, in Erscheinung treten muss, der bei der Geschäftsführung selbst noch garnicht vorhanden ist. Ist dieser Wille auf eine andere Person, als den wirklichen Geschäftsherrn gerichtet, so wird derjenige als solcher betrachtet werden müssen, den der Geschäftsführer bei Kenntnis der Sachlage als Geschäftsherrn gewollt haben würde. Wird demnach der gestor zu einer Geschäftsführung veranlasst durch die irrige Annahme einer Eigenschaft des Herrn, die in Wahrheit ein Anderer hat, so kommt es darauf an, ob für den Geschäftsführer die Person oder die besondere Eigenschaft bestimmend war. Je nach Beantwortung dieser Frage würde der Eine oder Andere als wirklicher Geschäftsherr zu betrachten sein[1]).

Die gültige Geschäftsführung ohne Auftrag setzt ferner voraus, dass der Wille des Geschäftsführers, für einen Anderen zu handeln, irgend wie hervorgetreten ist. Die Motive sagen hierüber: „In den Fällen, wo der Geschäftsführer das Rechtsgeschäft im eigenen Namen abgeschlossen hat, ist selbstverständliche Voraussetzung, dass der Geschäftsführer bei der Geschäftsbesorgung seinen Willen, im Interesse des Geschäftsherrn das Geschäft zu schliessen und für diesen zu handeln, nach aussen kundgegeben hat, sei es gegen den Dritten oder in anderer Art und Weise, dass der ernste Wille für den Geschäftsherrn zu handeln sich zur Genüge offenbarte. Der blos innere Wille ist von keiner Erheblichkeit“[2]).

Inwieweit das zu geschehen hat, wird m. E. durch die Verkehrsanschauung bestimmt werden müssen, sei es z. B. durch Mitteilung, oder sonst eine Art und Weise, durch die eine solche Absicht geäussert zu werden pflegt.

Die im B.G.B. nicht geregelte Frage, ob der Geschäftsherr z. Zt. des Beginns der Geschäftsführung schon existent

---

[1]) Isay, a. a. O. S. 86.
[2]) Motive, S. 855.

sein muss, ist, wie für das gemeine Recht, so auch für das heutige zu verneinen. Das R.G. hat in einem Falle die Geschäftsführung zu Gunsten einer noch nicht vorhandenen juristischen Person für rechtmässig erklärt. (R.G. b. Seuff. Bd. 42 No. 112 S. 160). Naturgemäss sind aber die sich aus einer solchen Geschäftsführung ergebenden Rechte und Pflichten abhängig von dem Entstehen des Geschäftsherrn, also aufschiebend bedingt[1]).

Ohne Einfluss ist es ferner, wenn der Geschäftsführer die Absicht hat, durch die Geschäftsführung einen Vorteil für sich zu gewinnen.

Für das gemeine Recht hatte im Anschluss an l. 20. (21) pr. D. 3, 5 und l. 3. C. 2, 18 (19) dieser Umstand ebenfalls keine Bedeutung, vielmehr fanden ohne Rücksicht hierauf die Vorschriften über die negotiorum gestio Anwendung[2]). Das ist auch der Standpunkt des Allgemeinen Landrechts (Teil I. Tit. 13 § 258). In Uebereinstimmung hiermit erklärten die Motive die Vorschriften über die negotiorum gestio für voll anwendbar, auch wenn der Geschäftsführer durch eigenes Interesse oder durch das eines Dritten zur Geschäftsführung bestimmt worden ist[3]).

Eine Einschränkung galt im gemeinen Recht dann, wenn es sich um mehrere Teilhaber handelte, und einer in Anbetracht des gemeinschaftlichen Gegenstandes tätig geworden war. Hier griffen nämlich nicht die Vorschriften über die negotiorum gestio, sondern die über die Gemeinschaft Platz[4]). Auch die Motive machen diese Ausnahme (S. 871). Es hat sich also in dieser Beziehung gegenüber dem früheren Recht nichts geändert.

Das B.G.B. fordert weiter für das Vorliegen einer gültigen Geschäftsführung ohne Auftrag, dass der Geschäftsführer von dem Anderen weder beauftragt, noch sonst diesem

---

[1]) Oertmann, a. a. O. § 677 Anm. 2 S. 415.
[2]) Windscheid, a. a. O. S. 867.
[3]) Motive S. 868.
[4]) Windscheid, a. a. O. § 431 Anm. 4a S. 867.

gegenüber zur Geschäftsführung berechtigt ist. Unter Auftrag ist hierbei nicht nur der im B.G.B. geregelte unentgeltliche Auftrag, sondern jeder Auftrag im Sinne des Sprachgebrauchs zu verstehen[1]). Der Entwurf I hatte im § 749 folgende Fassung: Wer für einen Anderen ohne dessen Auftrag und ohne Amtspflicht ein Geschäft besorgt, haftet. . . . Es wurde jedoch von der zweiten Kommission abgelehnt, hervorzuheben, „dass der Geschäftsführung ein Auftragsverhältnis oder eine Amtspflicht nicht zu Grunde liegen dürfe, weil die Fassung durch diesen Zusatz zu eng werde und zu Missverständnissen führen könne, weil wie der Auftrag, auch der Dienst- und Werkvertrag ausgeschlossen werden müsse, und die Erwähnung der Amtspflicht, soweit es sich um Fälle des öffentlichen Rechtes handele, ausserhalb des Bereichs des B.G.B. liege, andererseits aber auch insofern eine Ungenauigkit enthalte, als sie die hierher gehörige elterliche Gewalt nicht mit umfasse“[2]). Demgemäss fällt nicht unter § 677 B.G.B. die Geschäftsbesorgung z. B. durch den Ehegatten (auf Grund des ehelichen Güterrechtes oder der Schlüsselgewalt der Frau), durch den Vormund, Gewalthaber, Pfleger, Konkurs- oder Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker u. A. mehr[3]). Nicht auch die durch eine Amtspflicht gebotenen Handlungen (z. B. wenn ein Konsul den Nachlass eines in seinem Amtsbezirk verstorbenen Nationalen im Interesse der Erben in Besitz zu nehmen, zu liquidieren und zu verwalten hat)[4]).

Desgleichen entfällt die Anwendbarkeit der §§ 677ff. B.G.B., wenn der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn zur Geschäftsbesorgung verpflichtet war. Denn hierin liegt auch die Berechtigung zu seinem Handeln dem Geschäftsherrn gegenüber[5]).

Der Untersuchung bedarf hierbei der Fall, dass der Geschäftsführer irrtümlich annimmt, es sei ihm von dem

---

[1]) Staudinger, a. a O, S. 1213.
[2]) Protokolle Bd. 2 S. 726.
[3]) Staudinger, a. a. O., S. 1214.
[4]) Motive S. 856.
[5]) Staudinger, a. a. O., S. 1214.

Geschäftsherrn ein Auftrag erteilt worden, oder es liege sonst ein ihn zum Handeln berechtigender oder verpflichtender Vertrag vor. Hier nahm schon das gemeine Recht an, dass dieser Irrtum keinen Einfluss habe, es lag auch in einem solchen Falle Geschäftsführung ohne Auftrag vor. erit negotiorum gestorum actio, quia et gerenti negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem (l. 18. (19) § 2 D. 3, 5. l. 5. pr. D. h. t.).[1]).

Die Motive bemerken hierzu, dass der Entwurf keine Bestimmung gebe für den Fall, dass der Geschäftsführer irrtümlich angenommen habe, er sei von dem Geschäftsherrn beauftragt oder aus einem sonstigen Grunde zur Geschäftsbesorgung verpflichtet. Obgleich nun die Motive annehmen, dass hierbei eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliege, wollen sie doch die Beurteilung hierüber der Rechtswissenschaft überlassen[2]). Die allgemeine Ansicht geht dahin, dass ein solcher Irrtum keinen Einfluss habe[3]). Fraglich ist hierbei nur, nach welchem Rechtsverhältnis gehaftet wird. So kann es z. B. vorkommen, dass Jemand auf Grund eines unentgeltlichen Verwahrungsvertrages zu handeln glaubt, der in Wahrheit nicht besteht. Haftet er nun nach § 690 B.G.B. für diligentia quam suis oder nach den Vorschriften der negotiorum gestio für omnis culpa? M. E. haftet er in einem solchen Falle für omnis culpa, denn greifen einmal die Vorschriften über die negotiorum gestio Platz, so muss sich auch die Haftung nach diesen Vorschriften richten, da sonst möglicher Weise eine unbillige Schädigung des Geschäftsherrn herbeigeführt werden könnte.

Wenn der Geschäftsführer von einem Dritten zur Geschäftsbesorgung beauftragt worden ist, so ist insbesondere zu beachten, ob der Geschäftsführer die Geschäftsführung vornimmt, weil er von dem Dritten den Auftrag hierzu erhalten hat, oder ob er im Bewusstsein, dass der wirkliche

---

[1]) Windscheid, a. a. O. § 431 N. 1 S. 864.

[2]) Motive S. 866.

[3]) So z. B. Oertmann, a. a. O., S. 413, Staudinger, a. a. O., S. 1214.

Geschäftsherr nicht zugleich Auftraggeber ist, das Geschäft für diesen besorgt. Hierzu sagen die Quellen: „Apud Marcellum libro secundo digestorum quaeritur, si, cum proposuissem negotia Titii gerere tu mihi mandaveris ut geram, an utraque actione uti possim? et ego puto utramque locum habere. quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus: nam et hic dicit adversus utrumque esse actionem.

In diesem Falle also steht dem von dem Dritten Beauftragten die actio negotiorum gestorum contraria gegen den dominus zu. Hatte dagegen der gestor nur für seinen Auftraggeber gehandelt, so hat der gestor auch nur gegen diesen seine Ansprüche geltend zu machen [1]).

Der erste Entwurf des B.G.B. bestimmte hierüber: „Wenn Jemand ein fremdes Geschäft im Auftrage eines Dritten besorgt, so wird ihm der Geschäftsherr und er dem Letzteren aus der Geschäftsbesorgung nicht verpflichtet, es sei denn, dass er zugleich in der Absicht gehandelt hat, als Geschäftsführer des Geschäftsherrn das Geschäft zu besorgen [2]). Im zweiten Entwurf wurde diese Bestimmung wegen zu geringer praktischer Bedeutung gestrichen. Die Klarstellung sollte zweckmässig der Wissenschaft überlassen werden. So findet sich denn auch in der endgültigen Fassung des B.G.B. eine Bestimmung hierüber nicht. Es ist jedoch anzunehmen, dass bei Vorliegen eines derartigen Falles die Anwendung der §§ 677 ff. B.G.B. keineswegs auszuschliessen ist. Nur müssen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen, nämlich dass objektiv ein Geschäft des Geschäftsherrn geführt worden ist, oder dass bei einem subjektiv fremden Geschäft der Wille des Geschäftsführers dahin gehen muss, es zu einem des wirklichen Geschäftsherrn zu machen [3]).

Für das gemeine und analog anwendbar für das heutige Recht kommt nicht in Betracht, dass der Geschäftsführer

---

[1]) Cf. Windscheid, a. a. O. S. 865.

[2]) Reatz, Die zweit. Les. d. Entw. eines B.G.B. S. 314.

[3]) Oertmann a. a. O. S. 413. Staudinger a. a. O. S. 1214 Windscheid a. a. O. S. 866.

einem Dritten gegenüber verpflichtet ist, die Handlung vorzunehmen. Auch hier kommen die Vorschriften über die negotiorum gestio zur Anwendung, gleichgültig ob dieser Dritte eine Privatperson oder eine Behörde ist. Auch der Verpflichtungsgrund ist ohne Bedeutung[1]). So bestimmen bereits die Quellen: Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit. (l. 3. § 10. D. 3, 5).

Besonderer Erwähnung bedarf hierbei die Streitfrage, ob der Armenverband oder eine sonstige derartige Anstalt von den zum Unterhalt verpflichteten Verwandten des Unterstützten oder von ihm selbst, falls er wieder zu Vermögen kommt, Ersatz auf Grund der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen kann. Während für das bisherige Recht diese Frage streitig sein konnte, (so nehmen z. B. Dernburg die Zulässigkeit der Ersatzansprüche, das Preussische Obertribunal und Kohler[2]) die Unzulässigkeit an) ist für das heutige Recht ein Zweifel durch den Art. 103 E.G. z. B.G.B. behoben. Es ist dort bestimmt, dass die landesgesetzlichen Vorschriften, wonach solche Verbände und Anstalten, die auf Grund des öffentlichen Rechtes zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet sind, von der unterstützten Person, sowie den zum Unterhalt Verpflichteten Ersatz verlangen können, unberührt bleiben. Diese Vorschrift erschiene überflüssig, wenn solche Ansprüche auf Grund der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben wären.

II.

Dies wären die Voraussetzungen für eine gültige Geschäftsführung ohne Auftrag, die vorliegen müssen, damit überhaupt von Ansprüchen des Geschäftsführers ohne Auftrag die Rede sein kann, auf die im folgenden näher eingegangen werden soll. Hierbei ist jedoch vorweg zu be-

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 328/329 Anm. 2 u. 3. Oertmann, Vorbem. 5 d zu § 677.

[2]) Dernburg, Pandekten § 122. N. 3. Entsch. d. Preuss. Obertr. Bd. 81. N. 30. S. 217 ff. Kohler a. a. O. S. 107.

merken, dass jeder Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag dann entfällt, wenn der Geschäftsführer von vornherein nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen. (§ 685 Abs. 1 B.G.B.)

Es entspricht diese Bestimmung der l. 4. D. 3, 5 u. der l. 12. C. 2. 18. (19), wonach dem negotiorum gestor ein Anspruch nicht zustand, wenn er „donandi", nicht „recipiendi" animo das Geschäft besorgte.

Streitig war aber im gemeinen Recht, ob der Geschäftsführer ausdrücklich das Vorliegen des animus recipiendi beweisen müsse, oder ob der Geschäftsherr den animus donandi als peremtorische Einrede geltend zu machen habe. Die herrschende Meinung hat sich für die letztgenannte Auffassung entschieden und dem Geschäftsherrn den Beweis für das Vorliegen des animus donandi auferlegt [1]).

Denselben Standpunkt vertritt auch das Allgemeine Landrecht, nach dem Freigebigkeiten nicht vermutet werden. (Teil 1 Tit. 13 § 280).

Dasselbe muss auch für das B.G.B. gelten. Die Motive führen hierzu aus: „Der Entwurf stellt die Absicht, den Geschäftsherrn zu verpflichten (animus obligandi, recipiendi), nicht als Voraussetzung der actio contraria auf, spricht vielmehr nur aus, dass dem Geschäftsführer der entsprechende Anspruch nicht zustehe, wenn er ohne den Willen gehandelt habe, den Anspruch zu erlangen. Der Beweis, dass der Geschäftsführer ohne diesen Willen handelte, liegt hiernach für die Regel dem Geschäftsherrn ob" [2]).

Eine Ausnahme gilt nach § 685 Abs. 2 B.G.B. für den Fall, dass Ascendenten und Descendenten einander Unterhalt gewährt haben. Hier wird, wie schon im gemeinen Recht in Anlehnung an l. 33. (34) D. 3, 5 die Schenkungsabsicht präsumiert. Wie die Motive mit Recht hervorheben, soll diese Vorschrift besonders dem Zweck dienen, gehässige Prozesse zwischen nahen Verwandten zu verhüten [3]).

---

[1]) Dernburg, Pandekten § 122 Anm. 32.
[2]) Motive S. 863.
[3]) Motive S. 864.

Liegt der animus donandi nicht vor, so hat der Geschäftsführer ohne Auftrag gemäss § 684 B.G.B. Ansprüche auf Ersatz seiner Aufwendungen, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt hat. Mangelt es an einer solchen Genehmigung, so ist der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen davon abhängig, dass die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entsprochen hat, oder dass ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre (§ 683 B.G.B.).

Weder dieser Voraussetzungen noch einer Genehmigung bedarf es, wenn der Geschäftsführer nur das herausverlangt, um was der Geschäftsherr ungerechtfertigt bereichert ist. Der Anspruch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung steht dem Geschäftsführer unter allen Umständen zu, er ist selbst gegeben, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung einem ausdrücklichen Verbot des Geschäftsherrn zuwider erfolgt ist. Nach der Fassung des Gesetzes sollte man annehmen zu müssen glauben, dass der Anspruch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung erst dann gegeben ist, wenn die Ansprüche aus § 683 B.G.B. versagen, und ein Blick in die Literatur scheint eine solche Annahme bestätigen zu sollen. Mit Recht weist aber der von Reichsgerichtsräten herausgegebene Kommentar zum B.G.B. darauf hin, dass diese Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung unter allen Umständen immer gegeben sind, dass diese Ansprüche auch ohne die Bestimmung des § 684 B.G.B. schon aus §§ 812 ff. B.G.B. folgen. Die Konsequenz ist, dass der Geschäftsführer ohne Auftrag, welcher nur die Bereicherung herausverlangt, lediglich nachzuweisen hat, dass der Geschäftsherr auf seine Kosten bereichert ist. Die Entbehrlichkeit des § 684 Abs. 1 B.G.B. erhellt z. B. daraus, dass auch derjenige, der ein fremdes Geschäft in der Meinung, dass es sein eigenes sei, besorgt hat, auf Grund der §§ 812 ff. Anspruch auf Herausgabe der ungerecht-

fertigten Bereichung hat (Staudinger § 687 Anm. 2 und Anm. 1, 4, b, zu § 812), trotzdem § 687 die Anwendung der §§ 677 bis 686 B.G.B., damit also auch diejenige des § 684 ausschliesst.

Die Nichtanwendbarkeit der §§ 677 bis 686 B.G.B. auf den Fall, dass jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung, es sei sein eigenes, besorgt, ist übrigens bemerkenswert im Vergleich zum römischen Recht, welches eine Klage aus der negotiorum gestio nicht unter allen Umständen ausschliesst, und einen interessanten Grenzfall zwischen dieser Klage und der condictio sine causa schafft.

Im allgemeinen war nach römischem Recht demjenigen, der in der Meinung, er sei selbst Schuldner, eine fremde Schuld bezahlte, gegen den wahren Schuldner ein Anspruch nicht gegeben, er hatte lediglich eine condictio gegen den Gläubiger. Der dieser Regel zu Grunde liegende Gedanke war, wie Dernburg und Oertmann[1]) vortrefflich dartun, der, dass der wahre Schuldner durch eine solche Zahlung nicht befreit werde, weil der zahlende Dritte, der ohne Absicht, den wahren Schuldner zu befreien, bezahle, ein aliud bezahle.

Von dieser Regel hat das römische Recht Ausnahmen zugelassen. So hat z. B. der Erbschaftsbesitzer[2]) nach l. 48 (49) D. III, 5 gegen den Erben eine actio negotiorum gestorum contraria, wenn der Erbe durch die Zahlung befreit ist. Allerdings ist die Frage, wann eine solche Befreiung nach römischem Recht eintreten konnte, ausserordentlich bestritten. Eine eingehende Erörterung dieser Streitfrage würde zu weit gehen, sodass ich mich auf die Wiedergabe der herrschenden Meinung, der ich mich anschliesse, beschränken muss[3]). Danach ist entscheidendes Kriterium für die Befreiung des Erben, ob der Erbschafts-

---

[1]) cf. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 335 A. 3. Oertmann, Arch. f. civ: Pr. Bd. 82 S. 460 ff

[2]) Weitere Quellenstellen s b. Oertmann, a. a O., S. 466.

[3]) cf. Oertmann, a. a. O., S. 466.

besitzer nomine hereditatis gezahlt hat, nicht bloss nomine possessorio, in welchem Falle die Befreiung des Erben ausgeschlossen ist. Für diese Abhandlung muss die Feststellung genügen, dass das römische Recht dem Erbschaftsbesitzer eine actio negotiorum gestorum dann zubilligt, wenn der wahre Erbe durch die Zahlung des Erbschaftsbesitzers befreit wird. Die Tatsache dieser Befreiung rechtfertigt aber noch nicht die Gewährung der actio negotiorum gestorum contraria, sondern allenfalls die condictio gegen den Erben. Fehlt denn nicht auch der animus obligandi? Windscheid kommt über die Bedenken dadurch hinweg, dass er die actio negotiorum gestorum contraria in diesem Falle als andere Form für die condictio sine causa bezeichnet[1]). Witte sucht ein Prinzip zu beweisen, aus dem zu Gunsten des bonae fidei possessor hereditatis, aber auch nur zu seinen Gunsten das Ertordernis des animus obligandi für die Begründung der actio negotiorum gestorum contraria zuweilen fallen gelassen ist[2]).

Eine nur leise Andeutung für eine dritte Erklärung gibt Oertmann, wenn er die Legitimation des Erbschaftsbesitzers zum Handeln alieno nomine aus dem Besitz der Erbschaft als einer organischen Einheit erklärt. Zahlt der Erbschaftsbesitzer aber ausdrücklich nur für diese Einheit, so folgt, dass er nur für den zahlen will, der hinter dieser Einheit steht, denn diese selbst ist ja kein von einer Person losgelöstes Rechtssubjekt[3]). Diese nicht unmögliche Fiktion eines Willens des Erbschaftsbesitzers[4]) würde den Vorzug für sich haben, dass die Zubilligung der actio negotiorum gestorum contraria nicht als eine schwer zu begründende Ausnahme von dem Erfordernis des animus obligandi erschiene, man auch des durch sonst nichts begründeten Auswegs von Windscheid entraten könnte.

---

[1]) Windscheid, Pand. II, S. 580 Anm. 18. Ebso. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrte. S. 36.

[2]) Witte, Die Bereicherungsklagen S. 23, 26 ff.

[3]) Oertmann, a. a O., S. 473. [4]) Vgl. hierzu die Ausführungen bei Leonhard, Der Irrtum bei nicht. Vertr. S. 209 ff.

Auch ohne Genehmigung der Geschäftsführung und über die Ansprüche, die schon nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung begründet sind, hinaus hat der Geschäftsführer ohne Auftrag Ansprüche wie ein Beauftragter auf Ersatz seiner Aufwendungen, sofern die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, ferner in den Fällen des § 679 B.G.B., auch wenn die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht.

Darüber, was unter Interesse und mutmasslichem und wirklichem Willen des Geschäftsherrn zu verstehen ist, herrscht grosse Meinungsverschiedenheit, was allerdings erklärlich ist angesichts des lebhaften Streites, der schon für das gemeine Recht über die utilitas negotii gesti bestanden hat.

L. 9. (10) § 1, D. 3, 5. sagt im Anschluss an den Fall, dass Jemand ein baufälliges Haus des Besitzers gestützt hat, dass aber das Haus bald darauf durch Feuer zerstört wurde: is enim negotiorum gestorum habet actionem, qui utiliter negotia gessit. Danach sollte der negotiorum gestor auch ohne Genehmigung bezw. Bereicherung des Geschäftsherrn Ansprüche haben, si negotium utiliter gessit, ohne dass dabei gesagt wäre, was unter „si utiliter gessit“ zu verstehen ist. Es war also Sache des Richters, die Utilitätsfrage zu entscheiden, und darauf mag es auch zurückzuführen sein, dass die Literatur dieser Frage lange Zeit keine Bedeutung beimass[1]). Erst seit Wächter darauf hingewiesen hat, dass von der Beantwortung dieser Frage eigentlich alles abhänge, wurde sie Gegenstand lebhafter Erörterungen. Es bildeten sich hauptsächlich zwei Theorien, die objektive auf der einen, die subjektive Theorie auf der anderen Seite.

Wollten ursprünglich die Vertreter der objektiven Theorie dem negotiorum gestor die actio contraria dann zubilligen,

[1]) Wächter Arch. f. civ. Praxis S. 337 ff.

wenn seine Geschäftsbesorgung den Nutzen des dominus gefördert hatte, sei es durch Verhüten eines Schadens, sei es durch Erzielen eines positiven Erfolges[1]), so änderte man später mit Rücksicht auf den entgegenstehenden Inhalt der Quellen (licet eventus non sit secutus) diese Ansicht dahin, dass man es bei der blossen Absicht der Erzielung eines Erfolges bewenden liess. Sintenis z. B. verlangt, das Geschäft müsse in der Weise geführt sein, dass die Handlung selbst den Umständen nach als notwendig oder nützlich anzusehen sei. Der Erfolg ist für ihn dann unerheblich[2]).

Diese sogenannte objektive Nützlichkeitstheorie ist mit der Zeit vollständig verlassen worden. Sie erschien schon deswegen verfehlt, weil sie den dominus den Ansichten des gestor von der Nützlichkeit seiner Handlung preisgibt und den persönlichen Willen des dominus ausser Acht lässt. Diese Auffassung würde, wie Ruhstrat treffend nachgewiesen hat, dahin führen, dass niemand sich seines Eigentums mehr erfreuen kann, dass „der Bauer sich den vorteilhaften Ankauf einer juristischen Bibliothek gefallen lassen, der Offizier sich für den Gewinn versprechenden Ankauf einer Schweineherde dankbar bezeigen müsste“[3]). Der objektive Nutzen allein kann nimmermehr entscheidend dafür sein, ob das Geschäft utiliter geführt worden ist.

Der noch zu besprechenden subjektiven Theorie sich nähernd meint Wächter, der Geschäftsherr sei dann verpflichtet, wenn die unternommene Handlung eine „res necessaria“ war, notwendig geschehen, oder versucht werden musste, entweder zur physischen oder juristischen Erhaltung der Sachen des Geschäftsherrn, oder um sonst Schaden und Unannehmlichkeiten von ihm abzuwenden. Da aber die l. 10 § 1 D. 3, 5 die actio contraria verweigert, wenn der dominus die geführte Handlung absichtlich nicht vorgenommen hat (weil z. B. das vom gestor gestützte Haus sich

---

[1]) Mühlenbruch Lehrbuch d. Pandektenrechts Bd. 2 § 435. Anm. 11.

[2]) Sintenis, Das pract. g. Zivilr. Bd. 2 S. 595.

[3]) Ruhstrat, Arch. f. civ. Praxis Bd. 32 S. 179.

nicht mehr zu stützen lohnte und der Herr es verfallen lassen wollte), sieht sich Wächter gezwungen, seine Ansicht dahin einzuschränken, dass er für die utilitas der negotiorum gestio fordert: „der gemachte Aufwand müsse den Verhältnissen des Geschäftsherrn angemessen und das Unternommene den Absichten des dominus nicht gerade entgegen sein, mag der gestor nun von diesen Absichten wissen oder nicht“ [1]).

Den Willen des dominus stellt als erster Chambon in den Vordergrund. Er verlangt von dem gestor, dass er den Willen des Herrn, soweit es möglich ist, erforsche [2]).

Die Auffassung Chambons fand allgemeinen Anklang. Windscheid findet ihre Richtigkeit in l. 3. § 4. D. 15,3 bestätigt, woraus er folgert: „Man muss sagen können, dass, wenn der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde [3]).

Indes musste man erkennen, dass auch der Wille des Geschäftsherrn nicht allzusehr in den Vordergrund gestellt werden darf. Wie, fragte man mit Recht, soll Jemand ahnen können, welches der Wille eines Anderen sei? Wie, wenn der Wille des Geschäftsherrn noch so widersinnig, die Handlung des gestor noch so zweckentsprechend war? Man verfiel deshalb auf den Ausweg, den dominus als bonus pater familias zu fingieren und nur einen an diesem Massstab gemessenen Willen des dominus als massgebend zu betrachten [4]). Hierdurch erreichte man zwar eine günstigere Stellung des gestor, auf der anderen Seite aber den Nachteil, dass der dominas sich die Behandlung als bonus pater familias aufzwingen lassen musste.

Sturm, der Fiktionen verwirft, gelangt auf einem anderen Wege zu demselben Resultat: „Dem gestor soll dann die actio contraria zustehen, wenn er aus den äusseren im Geschäftskreise des Herrn vorliegenden Umständen billiger

---

[1]) Wächter a. a. O. S. 351/352.
[2]) Chambon, die neg. gestio S. 71.
[3]) Windscheid, a. a. O. S. 859.
[4]) Dankwardt, d. neg. gestio S. 26/30.

Weise schliessen musste, dass sie der Herr besorgt haben würde“ [1]).

Nach Dernburg liegt schon dann eine nützliche Geschäftsführung vor, „sofern der Geschäftsführer annehmen konnte und musste, dass sie der Geschäftsherr, wenn er in der Lage zu handeln gewesen wäre, selbst in Angriff genommen hätte“ [2]).

Das Allgemeine Landrecht erhebt die objektive Notwendigkeit zur Voraussetzung der utilitas, wenn es sagt: „Wer die Geschäfte eines Anderen zur Abwendung eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens besorgt, ist berechtigt zu erwarten, dass der Eigentümer solches genehmigen werde“ [3]). Daran anknüpfend bemerkt Förster-Eccius: „Der Begriff des Nützlichen ist nicht leicht zu bestimmen: nicht die Meinung des Geschäftsführers kann darüber entscheiden, auch nicht die nur mutmassliche Ansicht des Herrn, der Begriff muss objektiv genommen werden“ [4]). Dass Förster-Eccius jedoch an dem objektiven Prinzip nicht streng festgehalten hat, geht daraus hervor, dass er sagt: „Objektiv, aber nicht abstrakt, d. h. es kommt immer noch auf die konkreten Verhältnisse des Falles an“ [4]).

Gehen wir nunmehr dazu über, die im § 683 B.G.B. verlangten Anspruchsvoraussetzungen im einzelnen zu prüfen. Es wird in erster Linie verlangt, dass die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen müsse. Wie früher erwähnt, sind die Meinungen darüber, was unter Interesse des Geschäftsherrn zu verstehen ist, sehr geteilt, und zwar wiederholt sich hier der für die utilitas des gemeinen Rechtes geführte Streit: „Ist Interesse objektiv oder subjektiv zu verstehen“?

---

[1]) Sturm, das Grundprinzip der neg gestio S 5.
[2]) Dernburg, Pandekten a. a. O. S. 331.
[3]) Das A.L.R. Teil 1 Tit. 13 § 234.
[4]) Förster-Eccius, Preuss. Privatr. Bd. 2 S. 493.
[5]) Förster-Eccius, a. a O. S. 493 N. 44.

Ein Vertreter der objektiven Theorie ist vor allem Brückmann. Er geht davon aus, dass das B.G.B. im § 683 einen neuen Interessebegriff aufgestellt habe. Während zwar im gemeinen Recht Wille und Interesse zu identifizieren gewesen wären, da nur das dem Willen des dominus entsprochen habe, was er wirklich oder vermutlich gewollt habe, stelle das B.G.B. das Interesse neben den Willen, woraus hervorgehe, dass das Willensmoment aus dem Begriff des Interesses völlig ausscheide. Man müsse demnach bei Abmessung des Interesses des Geschäftsherrn den Willen ausscheiden und fragen: „Was entspricht dem Interesse dieses Mannes, wenn wir von dem, was er sich darunter vorstellt, absehen"? Brückmann kommt zu dem Ergebnis, dass er den Herrn gleichstellt mit willensunfähigen Personen, und identifiziert das Interesse des Herrn mit dem Besten des Minderjährigen im § 5 B.G.B. Man müsse demnach bei Feststellung des Interesses vor allem darauf sehen, was rein objektiv nötig, nützlich oder vorteilhaft für den Geschäftsherrn sei. Dennoch aber müsse, obgleich der Wille des Geschäftsherrn ausgeschaltet sei, der Name, die Firma usw. in Betracht gezogen werden. Jeder Irrtum über erkennbare und nicht beachtete Umstände in dieser Richtung schade dem Geschäftsführer[1]).

Im Endergebnis teilt Brückmann hiermit die Auffassung Oertmanns. Auch dieser fordert die Berücksichtigung der besonderen Lage des Geschäftsherrn, wie dies auch in einer Entscheidung des R.G. zum Ausdruck gekommen sei, wo demjenigen, der eine Schuld des Geschäftsherrn gezahlt hatte, die durch Aufrechnung hätte getilgt werden können, ein Ersatzanspruch aus § 683 B.G.B. nicht gewährt wurde[2]).

Nach Dernburg entspricht die Uebernahme der Geschäftsführung dann dem Interesse des Geschäftsherrn, wenn die Geschäftsführung „der Lage, den sozialen Verhältnissen des

---

[1]) Brückmann, a. a. O. S. 119 ff. S. 123.

[2]) Oertmann, a. a. O. S. 420 Anm. 1 zu § 683. Seufferts Arch. Bd 37 N. 12 S. 162.

Geschäftsherrn nach den Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft Rechnung trägt“[1]).

Auch Cosack will das objektive Moment betont sehen, gerät aber durch sein zur Illustration gewähltes Beispiel nur zu leicht in den Verdacht, zur subjektiven Theorie zu neigen. Er führt den Fall an, dass jemand eine dem Einsturz drohende Gartenmauer eines Anderen reparieren lässt, der die Mauer sowieso abreissen und durch ein Eisengitter ersetzen wollte. Wenn Cosack das Vorliegen des Interesses des Geschäftsherrn im Sinne des § 683 B.G.B. verneint, so kommt er mit sich selbst in Widerspruch[2]).

Staudinger versteht ebenfalls unter dem Interesse des Herrn den objektiven Nutzen d. h. „Dasjenige, was nach der Anschauung des Verkehrs dem Herrn vorteilhaft ist unter besonderer Berücksichtigung des Vorteils der bestimmten Einzelperson in Hinsicht auf Geschlecht, Alter, Beruf, Familienstand, persönliche Neigungen und dergl.[3]).

Dem gegenüber geht die subjektive Theorie davon aus, dass ein jeder seine Interessen nach eigenem Belieben gestalten könne. So verlangt Matthias, dass „das Interesse nicht nach objektiven Gesichtspunkten zu ermitteln sei, sondern aus den Intentionen des Geschäftsherrn selbst (subjektives Prinzip)“[4]).

Auch Endemann verlangt, dass jeder seine Angelegenheiten so einrichten könne, wie er wolle, dass er infolge seiner Selbstbestimmung sich jeden „hülfreichen Eingriff eines Anderen verwehren könne“[5]).

Für Isay ist massgebend, dass vermöge der freien Selbstbestimmung jeder fremden Eingriff verbieten könne. Für ihn kommt ausschliesslich das Interesse des domi-

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 381 (Bürgerl Recht).

[2]) Cosack Lehrb. d D.B.R. S. 561. cf. Ernst Interesse und Wille im § 683 B.G.B. S. 4 Anm. 7.

[3]) Staudinger a. a. O. S. 1222.

[4]) Matthiass, Lehrb. d. B.R. S. 392 Anm. 1.

[5]) Endemann, Lehrb. d. B.R. S. 808.

nus in Betracht, diesem steht im Einzelfalle das Urteil hierüber zu[1]).

Erwähnenswert sind endlich die Ausführungen von Schulz[2]), der in der Betonung des subjektiven Momentes am weitesten geht. „Nur eine solche Uebernahme, sagt er, ist als dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechend anzusehen, die sein Wille, selbst sein launenhafter oder dem Geschäftsführer unbekannter Wille zu einer solchen stempelt". Nach ihm ist also das Interesse mit dem Willen völlig identisch. Eine treffende Widerlegung dieser verfehlten Auffassung findet sich bei Brückmann (a. a. O. S. 119 Anm. 1).

M. E. ist der objektiven Theorie der Vorzug zu geben. Für die subjektive Theorie ist nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes überhaupt kein Platz. Die Aufnahme des § 683 B.G.B. erfolgte in Anlehnung an Art. 472 des Schweiz. Obligationenrechtes, der dahin lautet: „Wenn die Uebernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, so ist dieser verpflichtet, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, welche notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien"[3]).

Weiter ergibt sich aus den Protokollen, dass u. a. folgende Gründe für die Annahme des § 683 massgebend waren. Auch bei Unternehmungen, die der Geschäftsführer deswegen zu einer Angelegenheit des Geschäftsherrn mache, weil er annehme, dass sie diesem nützlich seien, könne es hinsichtlich der Ersatzansprüche nur darauf ankommen, ob die Uebernahme der Geschäftsführung unter Berücksichtigung der Zwecke und der Verhältnisse des Geschäftsherrn dem Interesse desselben entsprochen habe[4]).

---

[1]) Isay a. a. O S. 133.
[2]) Schulz, D. Rechte d. Geschäftsf. ohne Auftrag S. 26 ff.
[3]) Vergl. Protokolle S. 730.
[4]) Protokolle Bd. 2 S. 733.

Das alles lässt darauf schliessen, dass das Gesetz das Interesse des Geschäftsherrn nur objektiv verstanden wissen will. Zu diesem Ergebnis gelangt man aber umsomehr, weil das Gesetz das Interesse nicht allein ausschlaggebend sein lässt, sondern verlangt, dass die Uebernahme der Geschäftsführung auch dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen muss. Damit hat der Gesetzgeber dem subjektiven Moment voll Rechnung getragen.

Auch das zweite Erfordernis, dass die Uebernahme der Geschäftsführung dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen muss, hat verschiedenfache Auslegung gefunden, insbesondere ist streitig, in welcher Beziehung zu einander wirklicher und mutmasslicher Wille vom Gesetz genannt sind.

Die eine Ansicht geht dahin, der Schwerpunkt sei auf den mutmasslichen Willen zu legen. Unter diesem verstehen sie den Willen, den der Geschäftsführer bei Prüfung aller einschlägigen Umstände und unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vermuten dürfe. Sie lassen es genügen, wenn der Geschäftsführer diesen Willen getroffen hat[1]).

Dem gegenüber wird von Anderen der Schwerpunkt auf den wirklichen Willen gelegt. Dieser ist nach ihrer Auffassung nicht der dem Geschäftsführer erkennbare, sondern der in Wahrheit vorhandene Wille des Geschäftsherrn, und darauf, ob der Geschäftsführer diesen Willen kennen konnte, kommt es nach ihrer Meinung überhaupt nicht an. Vielmehr gebe stets der in Wahrheit vorhandene Wille des Geschäftsherrn den Ausschlag. Die Ermittelung des mutmasslichen Willens komme erst in zweiter Reihe und nur dann in Betracht, wenn die Feststellung des wirklichen Willens versage. Unter dem mutmasslichen Willen wieder verstehen

[1]) So: Crome, Syst. d. D.B.R. Bd. 2 S. 634. Matthiass, a. a. O. S. 3 92. Schollmeyer, Das Recht d. einz. Schuldverh. S. 128. Isay, a. a. O. S. 135 36. Brückmann, a. a. O. S. 123 ff. Schulz, a. a. O. S. 29 ff.

sie nicht den, den der Geschäftsführer von seiner Betrachtungsweise aus nach sorgfältiger Prüfung etwa angenommen hat, sondern den Willen, der bei objektiver Würdigung aller gegebenen Umstände, aus denen die Willensrichtung erkennbar sein kann, der Gewohnheiten und Anschauungen, vor allem auch der Vermögenslage des Geschäftsherrn, die gegenüber der Nützlichkeit der Geschäftsführung abzuwägen sind, erhellt, also den nach den Umständen verständiger Weise vorauszusetzenden Willen[1]).

Eine Mittelmeinung vertreten Planck und Staudinger. Wie die Vertreter der eben gedachten Ansicht wollen auch sie in erster Linie nur den in Wahrheit vorhandenen, also objektiv wirklichen Willen des Geschäftsherrn berücksichtigt wissen. In Ermangelung eines solchen soll der mutmassliche Wille ermittelt werden. Darunter verstehen sie aber nicht den von der Allgemeinheit den Umständen nach verständiger Weise vorauszusetzenden, sondern den Willen, den der Geschäftsführer unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vermuten darf[2]).

Der Erwähnung bedarf endlich eine vierte von Fischer-Henle vertretene Ansicht. Danach ist wirklicher Wille des Geschäftsherrn der dem Geschäftsführer bekannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erkennbare Wille des Geschäftsherrn. Komme ein solcher nicht in Frage, so greife der unter objektiver Berücksichtigung aller Umstände vom Richter festzustellende (mutmassliche) Wille Platz[3]).

Ich kann keiner dieser Auffassungen beitreten. Den Vertretern der zweiten Ansicht ist zwar zunächst darin

---

[1]) R.G.G.-Komm. Bd. 1 S. 513 Enneccerus-Lehmann, Das B.R Bd. 1 § 300. Endemann, a. a. O Bd. 1 S. 808. Ernst, a. a. O. S. 34. Meisner, Recht d. Schuldverh. Anm. 1 zu § 683 B.G.B.

[2]) Planck, a. a. O. zu § 683. Staudinger, a. a. O. Anm. 1b zu § 683.

[3]) Fischer-Henle, Handausg. d. B.G.B. Anm. 9 u. 10 zu § 677.

zuzustimmen, dass unter mutmasslichem Willen nicht der vom Geschäftsführer unter Beobachtung der nötigen Sorgfalt zu vermutende Wille verstanden werden kann. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass § 678 B.G.B. einer solchen Auslegung entgegensteht. Wenn es dort heisst: Steht die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch, „und musste der Geschäftsführer dies erkennen", so folgt daraus deutlich, dass der mutmassliche Wille nicht der vom Geschäftsführer, sondern der objektiv zu vermutende Wille sein soll. Der Nachsatz wäre sonst unverständlich. Wo das Gesetz dem Willen des Geschäftsführers Rechnung getragen wissen will, hebt es dies ausdrücklich hervor. So kann nach § 665 B.G.B. der Beauftragte von den Weisungen des Auftraggebers abweichen, wenn „er" den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Eine ähnliche Bestimmung findet sich für den Verwahrer im § 692 B.G.B. — Es ist schon ohnehin nicht anzunehmen, dass § 693 B.G.B. einen anderen „mutmasslichen Willen" im Auge hat. Ein Blick in die Vorarbeiten zum B.G.B. widerlegt aber die Möglichkeit einer solchen Annahme durchaus. Wie die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung ergeben, war ein Antrag gestellt worden, dem § 753 des I. Entwurfes die Fassung zu geben: Hat der Gesehäftsführer das Geschäft dergestalt geführt, dass er nach Lage der Sache die Genehmigung seines Verhaltens erwarten durfte, so kann er . . . . . Entgegen diesem mit grosser Mehrheit abgelehnten Antrage wurde § 753 dahin formuliert: Hat die Uebernahme der Geschäftsbesorgung mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dessen Nutzen entsprochen, so kann der Geschäftsführer Ersatz verlangen. Die Protokolle bemerken dazu, dass „die Uebernahme" den wirklichen Intentionen des Geschäftsherrn entsprechen müsse, während für die „Ausführung" das pflichtmässige Ermessen des Geschäftsführers genüge. Für die actio contraria komme es darauf an, dass der Geschäftsherr, wenn er hätte gefragt

wreden können, das Unternehmen des Geschäftsführers mit der allgemeinen Anweisung genehmigt haben würde, bei der Ausführung nach pflichtgemässem Ermessen zu verfahren [1]).

Weiter vermag ich aber den Vertretern der zweiten Ansicht nicht zu folgen. Es heisst m. E. dem Gesetz Zwang antun, den mutmasslichen Willen so lange auszuschalten, als ein wirklich vorhandener Wille des Geschäftsherrn feststellbar ist, unbekümmert, ob ihn der Geschäftsführer kannte oder nicht. Hätte der Gesetzgeber das gewollt, so würde er m. E. die Fassung „wirklicher oder mutmasslicher Wille" vermieden haben. Dazu kommt aber, dass eine solche Auslegung die Anwendung des § 683 B.G.B. vollkommen in Frage stellen müsste. Weder hat der Geschäftsherr bei der ihm unbekannten Uebernahme der Geschäftsführung irgend einen Willen bilden können, noch aber kann in den meisten Fällen der Geschäftsführer den Willen des ihm womöglich unbekannten oder fernen Geschäftsherrn treffen.

Ich komme demnach zu dem Ergebnis, dass der mutmassliche Wille nicht ohne weiteres auszuschalten ist, solange ein wirklich vorhandener Wille des Geschäftsherrn festgestellt werden kann. Ist der mutmassliche Wille des Geschäftsherrn getroffen, so ist es vielmehr gleichgültig, ob ein anderer wirklicher Wille des Geschäftsherrn feststellbar ist.

Der mutmassliche Wille kann allerdings dann nicht in Betracht kommen, wenn der Geschäftsführer den wirklichen Willen kannte oder kennen musste.

Diese Ansicht teilt im Endergebnis Oertmann, wenn er sagt: „Es wird ein wirklicher Wille des Geschäftsherrn nicht erfordert, sondern es genügt ein mutmasslicher. Auch ein geschäftsunfähiger Herr haftet im Sinne von § 683. Die Sachlage muss nur so nein, dass ein willensfähiger Geschäftsherr mutmasslich den entsprechenden Willen gehabt hätte [2])."

Aehnlich auch Goldmann-Lilienthal, der seine Meinung dahin formuliert: „Die Fassung des Gesetzes lässt

[1]) Protokolle Bd. 2 S. 733.

[2]) Oertmann, a. a. O., Anm. 1 zu § 683 B.G.B.

deutlich erkennen, dass ein Verbot des Geschäftsherrrn nicht unter allen Umständen der Geschäftsführung entgegen steht. Denn es kommt auf den Willen an, den der Geschäftsherr mutmasslich in demjenigen Zeitpunkt gehabt hätte, in welchem die Geschäftsführung übernommen wurde“ [1]).

Nach dieser Prüfung der einzelnen Voraussetzungen für sich, erscheint es noch nötig, hervorzuheben, dass die Geschäftsführung sowohl dem Interesse als auch dem wirklichen oder mutmasslichen Willen entsprechen muss. Es genügt nicht, dass die von dem Geschäftsführer vorgenommene Handlung lediglich im Interesse des Geschäftsherrn gelegen ist, ebenso wenig reicht es aus, dass der Geschäftsführer eine Handlung vorgenommen hat, die der Geschäftsherr gewollt hat oder nach verständiger Auffassung der Allgemeinheit gewollt haben würde. Das eine ohne das andere ist völlig belanglos.

Dass die Voraussetzungen des Interesses und des Willens vorliegen, hat der Geschäftsführer zu beweisen. Meist wird er sich jedoch darauf beschränken können, darzutun, dass die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entsprochen habe. Ist doch der mutmassliche Wille mit dem Nutzen und der Zweckmässigkeit der Geschäftsführung als übereinstimmend anzusehen. Sache des Geschäftsherrn muss es dann sein, zu beweisen, dass die Geschäftsführung seinem bekannten oder erkennbaren wirklichen Willen nicht entsprochen habe [2]).

Im Anschluss hieran ist noch die Frage zu prüfen, wie es um die Ersatzansprüche des Geschäftsführers bestellt ist, wenn nach Lage der Sache von einem Willen des Geschäftsherrn überhaupt nicht die Rede sein kann. Wie, wenn der Geschäftsherr geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig und ohne gesetzlichen Vertreter ist? — Ist ein gesetzlicher Vertreter vorhanden, so kommt nach übereinstimmender Ansicht aller Autoren dessen Wille in Be-

---

[1]) Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B. § 189 Anm. 1.
[2]) cf. Dernburg, B.G.B. § 300 N. 5.

tracht. Staudinger S. 1214 N. 3 zu § 677, Brückmann, a. a. O., S. 149 ff. — Soll dann die Anwendung des § 683 B.G.B. entfallen?

Für das römische und gemeine Recht galt, dass der Geschäftsherr in einem solchen Falle nur bis zur Höhe der noch vorhandenen Bereicherung hafte. (cf. l. 5. § 2. D. 3, 5)[1].

Der I. Entwurf bestimmte im § 756, dass „auf den dem Geschäftsführer zustehenden Anspruch die Geschäftsunfähigkeit oder die Beschränkuug der Geschäftsfähigkeit des Geschäftsherrn ohne Einfluss sei". Die Kommission für die zweite Lesung lehnte jedoch die Aufnahme dieser Bestimmung mit der Begründung ab, dass „diese Vorschrift sich gegen eine mit der Auffassung der Geschäftsführung als eines Quasikontraktes zusammenhängende, der inneren Begründung entbehrende Bestimmung des römischen Rechts wende. Da der Entwurf aber Quasikontrakte, die als Rechtsgeschäfte anzusehen wären, nicht kenne, sei das Missverständnis, welches durch den § 756 abgewendet werden solle, ausgeschlossen. Niemand werde darüber im Zweifel sein, dass der Geschäftsherr nicht durch die Tatsache, dass sein Geschäft von einem Anderen besorgt werde, diesem gegenüber eine Willenserklärung abgebe, ein einseitiges Rechtsgeschäft vornehme oder mit ihm einen Vertrag abschliesse"[2].

Die Motive besagen zu § 756, dass die Verpflichtungen des Geschäftsherrn von seinem Willen unabhängig sind. Sie werden ohne Rücksicht auf seinen Willen von dem Gesetze an einen bestimmten Tatbestand geknüpft. Deshalb sei es wie bei anderen gesetzlichen Obligationen hierbei unerheblich, ob der Geschäftsherr geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sei[3].

Für das geltende Recht wird anzunehmen sein, dass es beim Fehlen eines rechtlich relevanten Willens genügt, wenn die Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn

---

[1]) Windscheid, a. a. O., S. 865 N. 24.

[2]) Protokolle Bd. 2 S. 739.

[3]) Motive Bd. 2 S. 865.

entspricht [1]). Man kann dem Geschäftsführer ohne Auftrag unmöglich die Ansprüche aus § 683 B.G.B. deshalb versagen, weil ein Wille, dem die Uebernahme der Geschäftsführung entsprechen müsste, fehlt. Vielmehr wird man m. E. sagen müssen, dass das zweite Erfordernis überhaupt nur für solche Fälle gelten kann, wo ein rechtlich bedeutsamer Wille vorhanden ist.

Eine weitere Ausnahme regelt das Gesetz selbst. Der Geschäftsführer ohne Auftrag hat Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen selbst dann, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht in den Fällen des § 679 B.G.B.: Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

Als Vorbild für diese Bestimmung kann die actio funeraria des römischen Rechts gelten. Auch dieses gab dem negotiorum gestor in einem Falle Ersatzansprüche, selbst wenn er gegen den Willen des Geschäftsherrn gehandelt hatte. L. 12 § 2 D. de religiosis et sumptibus funerum 11, 7 bestimmt: Praetor ait: Quod funeris causa sumptus factus erit, eius reciperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo. Noch weitergehend ist l. 14 § 13. D. h. t., wo die actio funeraria gegeben wird, wenn selbst gegen das ausdrückliche Verbot des Erben der Tote bestattet wurde.

Im gemeinen Recht wurde dieser Gedanke weiter ausgebildet und dem negotiorum gestor in ähnlichen Fällen ein Ersatzanspruch zugestanden in der Erkenntnis, dass man die Geschäftsführung stets als für den Geschäftsherrn verbindlich und nützlich ansehen müsse, wenn sie „aus dringenden Pietätsrücksichten oder gar in Erfüllung einer

---

[1]) Brückmann, a. a. O., S. 152.

öffentlichen Pflicht oder infolge öffentlichen Zwanges für ihn geschehen sei[1]).

Dieser Gesichtspunkt hat sich auch im Gebiete des Allgemeinen Landrechts Geltung verschafft. Und zwar diente als Grundlage die bereits (S. 31) erwähnte Bestimmung, wonach derjenige, der für Abwendung eines bevorstehenden Schadens sorgt, erwarten darf, dass der Eigentümer die Geschäftsführung genehmigen werde. Der Abwendung eines drohenden Schadens erachtete man es gleich, wenn Jemand infolge des öffentlichen Rechtes Leistungen übernahm, die an sich einem Anderen oblagen[2]).

Völlig ausgebildet findet sich dieser Gedanke in dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, welches im § 1355 bestimmt: Hat aber der Geschäftsführer eine dem Geschäftsherrn gegen den Staat oder eine Gemeinde nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts obliegende Verpflichtung erfüllt oder Unterhalt Personen verabreicht, zu deren Erhaltung der Geschäftsherr verpflichtet war, oder eine Leichenbestattung besorgt, deren Kosten der Geschäftsherr zu bestreiten hatte, so kann er Erstattung der Aufwendungen fordern, selbst wenn der Geschäftsherr ihm die Geschäftsführung verboten hatte.

Erwähnenswert ist auch § 12 des Gesetzes über die Unterbringung verwahrloster Kinder vom 13. März 1878, wonach der Gemeinde gegen die privatrechtlich zur Erziehung der Kinder Verpflichteten, falls die Kinder nach den Vorschriften des Gesetzes einer Anstalt oder Privaten zur Erziehung gegeben werden müssen, ein Ersatzanspruch gewährt wird.

Um nun auf § 683 Satz 2 B.G.B. zurückzukommen, so gilt im einzelnen folgendes: Ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt einmal dann nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 332.

[2]) Dernburg, Preuss. Privatr. Bd. 2 S. 875.

liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Wesentlich ist hierbei, dass nicht die Pflicht selbst im öffentlichen Interesse liegen muss. Vielmehr genügt, dass ihre Erfüllung vom öffentlichen Interesse geboten ist[1]).

Ein in der zur Revision des I. Entwurfs eingesetzten Kommission gestellter Antrag wollte folgende Fassung für § 755: Hat der Geschäftsführer eine durch das öffentliche Interesse gebotene Pflicht des Geschäftsherrn oder eine sittliche Pflicht oder eine gesetzliche Unterhaltungspflicht desselben erfüllt, und wäre ohne die Geschäftsführung die Pflicht nicht ordnungsmässig erfüllt worden, so steht dem Geschäftsführer der im § 753 bezeichnete Anspruch ohne Rücksicht auf ein Verbot des Geschäftsherrn zu". Dieser Antrag wurde mit grosser Mehrheit abgelehnt, weil nicht auf die Grundlage der Pflicht, sondern darauf, ob die Erfüllung der Pflicht durch das öffentliche Interesse geboten sei, entscheidendes Gewicht zu legen wäre, nur wenn die Erfüllung im öffentlichen Interesse liege, könne der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen beanspruchen. Der Antrag, der einen Ersatzanspruch dann gewähre, wenn die Verbindlichkeit, die der Geschäftsführer erfülle, eine öffentlich rechtliche sei, gehe über das legislatorische Bedürfnis hinaus, weil in den Fällen, in denen die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit nicht im öffentlichen Interesse liege, der Geschäftsführer keinen Grund habe, die Erfüllung gegen das Verbot des Geschäftsherrn für diesen zu bewirken. So würde z. B., wenn Jemand seine Verpflichtung zur Entrichtung einer Steuer bestritte und ein Dritter die Steuer für ihn bezahlte, der Streit über die Steuerpflicht nicht zwischen dem Pflichtigen und dem Staate zum Austrage kommen, sondern zwischen dem gestor und dem dominus"[2]).

---

[1]) Hierher gehört z. B. die Pflicht zur Steuerzahlung, die Instandhaltung von Gebäuden und Strassen, die Stempelung von Verträgen, die Verpflegung der Einquartierung. (cf. Seuff. Arch. Bd. 3 S. 62. Bd 14. S. 137. Kommentar d. R.G.R. § 679 Anm. 3.

[2]) Protokolle Bd. 2 S. 735/38.

„Die Pflicht kann deshalb auch privatrechtlicher Natur sein, sie wird unter Umständen selbst in einem Vertrage begründet sein dürfen“[1]).

Weiter ist auch nicht erforderlich, dass die dem Geschäftsherrn obliegende Pflicht endgültig feststeht. Es genügt, wenn sie nur provisorisch, vielleicht unter Vorbehalt von Rechtsmitteln dem Geschäftsherrn auferlegt ist[2]).

Ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt ferner nicht in Betracht, wenn eine gesetzliche Unterhaltpflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Dass die Erfüllung im öffentlichen Interesse liegen muss, wird hier nicht verlangt. Die Unterhaltpflicht muss aber eine gesetzliche sein. (gegen Verwandte gerader Linie § 1601 B.G.B., Ehegatten § 1360 B.G.B., oder uneheliche Kinder § 1708 B.G.B.) Beruht die Unterhaltspflicht nur auf Vertrag, (§§ 843, 844 B.G.B.), so fällt sie nicht unter § 679, es sei denn, dass die Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt[3]).

Auch auf die Erfüllung einer nur sittlich gebotenen Pflicht (cf. den S. 43 erwähnten Antrag zu § 755 des I. Entw.) ist § 679 B.G.B. nicht anwendbar. Der Gesetzgeber wollte verhüten, dass an Stelle der sittlichen Freiheit der sittliche Zwang gesetzt werde, dass alle sittlichen Pflichten zu Rechtspflichten würden.[4])

§ 679 B.G.B verlangt endlich nur, dass ohne die Geschäftsführung die Pflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Voraussetzung für den Ersatzanspruch ist sonach nicht Nichterfüllung überhaupt, vielmehr genügt die ungebührliche Verzögerung der Erfüllung durch den Verpflichteten[5]).

---

[1]) R.G.G. Komm. zu § 679 N. 3.

[2]) Oertmann, Anm. 2 zu § 679. Motive Bd. 2 S. 865.

[3]) Oertmann, a. a. O. Anm. 2 zu § 679.

[4]) Protokolle S. 738.

[5]) Oertmann, a. a. O. § 680 Anm. 2 und R.G. Kom. § 680 Anm. 1 u. § 683 Anm. 6 wollen § 683 S. 2. auch auf die Fälle des § 680 B.G.B. angewendet wissen. Diese Auffassung teile ich schon deshalb nicht, weil das Gesetz darüber schweigt. Aber auch ein

III.

Nach diesen Betrachtungen kann ich nunmehr auf die dem Geschäftsführer ohne Auftrag nach § 683 B.G.B. zustehenden Ansprüche eingehen. Er hat danach wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen. Auch diese Bestimmung lehnt sich an früheres, deshalb in der Darstellung zu berücksichtigendes Recht an.

Hatte im römischen Recht der gestor das Geschäft utiliter geriert, so konnte er vom dominus verlangen, dass er ihm seine notwendigen und nützlichen Auslagen erstatte. Und zwar trat die Ersatzpflicht auch dann ein, wenn der dominus nicht mehr bereichert war, z. B. wenn das unternommene Geschäft erfolglos oder der schon eingetretene Erfolg wieder untergegangen war. Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum. (l. 9. (10) § 1. D. 3, 5). Demnach genügte, dass das Geschäft „utiliter coeptum" war. Allerdings entfiel die Ersatzklage, wenn die den Gegenstand der Geschäftsführung bildende Sache durch die Schuld des gestor untergegangen war (l. 21. (22) D. h. t.). Ueber die einzelnen Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag enthalten die Bestimmungen über die negotiorum gestio nichts. Aus l. 17 pr. D. 15, 3 u. l. 13 § 1 D. 22, 1 ist jedoch zu entnehmen, dass der negotiorum gestor hinsichtlich seiner Ansprüche gleich dem Mandatar behandelt werden soll. Der innere Grund für diese Gleichstellung ist u. a. der, dass Mandat und negotiorum gestio die Ausgleichung einer Vermögensverschiebung, die durch Wahrnehmung eines fremden Interesses entstanden ist, bezwecken, wobei unerheblich, dass der Mandatar aus einer Verpflichtung zum Handeln, der negotiorum gestor dagegen aus freiem Antriebe tätig wird Denn weder der Beauftragte, noch der Geschäftsführer ohne Auf-

innerer Grund liegt nicht vor, vielmehr reichen m. E. die Bestimmungen § 683 S. 1 für diese Fälle vollkommen aus.

trag wollen das fremde Geschäft auf eigene Kosten besorgen[1]).

Die Römer gebrauchten für die Ansprüche des Mandatars wie des negotiorum gestor die Bezeichnung impendere (so z. B. in § 1 J. de obl. quasi ex contr. 3, 27, 1, 26, § 6 D. 17, 1) und sumtus. Beide klagen de pretio reciperando (l. 12 § 12 D. 17,1) oder de eo quod impendit. Leist hat in einleuchtender Weise nachgewiesen, dass die Römer unter „Impensen" ursprünglich die Verwendungen verstanden, die auf eine Sache selbst gemacht waren, dass man allmählich auch die für eine Person gemachten Verwendungen dazu rechnete und endlich auch die Ausgaben, die mit Rücksicht auf ein bestimmtes Vermögensgeschäft von einer Person gemacht worden sind[2]).

Unter Impensen ist aber nicht wie Thur meint, lediglich das zu verstehen, worum der gestor sein Vermögen an Geld oder Geldeswert verringert hat, vielmehr hat, wie Karl jetzt überzeugend ausgeführt hat, schon im römischen Recht die Auffassung Platz gegriffen, dass zu Impensen[3]) auch „operae" impensae, also Aufwendungen an Zeit und Mühe zu rechnen sind. Schon früher hatte Sturm darauf hingewiesen, dass die Aufopferung aus dem Vermögen nicht so streng zu interpretieren sei, sondern auch Arbeitsleistungen betreffe[4]).

Sturm hat jedoch nur vereinzelt Anerkennung gefunden. Mit ihm fordert Kohler nicht bloss für gewerbs- und berufsmässige Arbeit eine Belohnung. Er will vor allem dem Lebensretter und demjenigen, welcher Strandgut geborgen hat, eine Belohnung zubilligen[5]).

Erwähnenswert ist auch eine Entscheidung des O.L.G. Hamburg, das im Gegensatz zu der unteren Instanz dieser Auffassung beigetreten ist: Ein Arbeiter hatte in der Nacht mehrere auf der Elbe treibende, von einem Schiff, das Ha-

---

[1]) v. Thur, Die act. de in rem verso S. 19ff.
[2]) Leist, Das erl. unger. Eingr. S. 26/27.
[3]) Carl, Die Anspr. d. Gesch F. o A S. 69.
[4]) Sturm, Das Grundpr. d. neg. g. S. 18.
[5]) Kohler, a. a. O. S. 130 ff.

varie gelitten hatte, stammende Petroleumfässer unter grosser Mühe geborgen und verlangte vom Eigentümer eine Vergütung für seine Tätigkeit. Das L.G. wies den Kläger ab mit der Begründung, dass der Arbeiter, da er nachts die Fässer gerettet habe, keine Lohnarbeit versäumt, also eine Vermögensverringerung nicht erlitten habe. Im römischen Recht sei nur von Impensen und sumptus die Rede, aber niemals wäre ein Lohn dafür gezahlt worden, dass jemand sich der Angelegenheiten eines Anderen angenommen und ihn vor Schaden bewahrt habe. Das O.L.G. Hamburg hob das Urteil auf und entschied zu Gunsten des Klägers. Es wirft in seiner Begründung der Vorinstanz Verkennung des Begriffs „quidquid impenderit“ und des sumptus vor. Es führt u. a. aus: „Das quidquid impenderit, wofür dem gestor Vergütung zuteil werden soll, ist ein ganz allgemeiner Begriff, welcher jede wirtschaftliche Leistung umfasst. Nach heutiger Anschauung ist aber vor allem auch die Arbeit eine wirtschaftliche Leistung, welcher ihr Lohn gebührt. Derselbe ist daher wie dem Mandatar, so auch dem negotiorum gestor für seine Mühewaltung nicht zu versagen, wenn es sich um Dienstleistungen handelt, welche nach den Anschauungen des Verkehrslebens anders als entgeltlich nicht geleistet werden“ [1]).

Für die Beurteilung nach B.G.B. kommt § 670 in Betracht. Der Geschäftsführer ohne Auftrag kann danach Ersatz derjenigen Aufwendungen beanspruchen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Unter Aufwendungen sind in erster Linie Verausgabungen an Geld und Geldeswert sowie übernommene Verbindlichkeiten zu verstehen. Der Ersatz dieser Aufwendungen regelt sich nach den Vorschriften der §§ 256, 257 B.G.B.

Die Frage, ob nach B.G.B. dem Geschäftsführer ohne Auftrag für Aufwendungen an Zeit und Mühe Ersatz zu gewähren ist, glaubt man zunächst mit Rücksicht anf die für anwendbar erklärten, für den Beauftragten geltenden

[1]) Seuff, Arch. Bd. 46 S. 289ff.

Vorschriften verneinen zu sollen. Denn der Beauftragte kann, da er seine Arbeitskraft und Arbeitszeit dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt hat, Ersatz für seine Opfer nicht verlangen. Es ergibt sich aber insofern eine abweichende Stellung des Geschäftsführers ohne Auftrag von der des Beauftragten, als der für den Beauftragten massgebende Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit bei dem Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zutrifft, da dieser seine Dienste[1]) — abgesehen von § 685 B.G.B. — nicht unentgeltlich zur Verfügung stellen will. Es ist daher wohl zu prüfen, ob unter Aufwendungen des Geschäftsführers ohne Auftrag auch solche an Arbeitskraft und Arbeitszeit zu verstehen sind.

Das Gesetz hat sich, wie die Motive ergeben, mit Absicht einer Difinition des Begriffs „Aufwendungen" enthalten[2]). Der Begriff der Verwendungen, so heisst es dort, ist der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig, und es ist nicht zu besorgen, dass der Mangel einer Legaldefinition zu irrigen Auffassungen derjenigen Vorschriften führen werde, welche mit diesem Begriff operieren[3]).

Ein Blick in die Literatur ergibt aber, dass eine genaue Bestimmung des Begriffs der Aufwendungen sehr erwünscht gewesen wäre. Denn die Meinungen über die obige Frage gehen ausserordentlich auseinander.

Cosack billigt dem Geschäftsführer eine Belohnung dann zu, wenn er durch seine Geschäftsführung dem Geschäftsherrn eine Ausgabe erspart, sich selbst dagegen um einen anderweitigen Verdienst gebracht hat[4]). Dass diese Formulierung zu eng ist, ersieht man am besten an dem vorhin citierten Urteil des O.L.G. Hamburg. Nach Cosack wäre in dem gedachten Falle dem Arbeiter eine Vergütung nicht zu gewähren, weil er ja in der Nacht einen anderweitigen Verdienst nicht gehabt hätte.

---

[1]) R G.R Komm. zu § 683.

[2]) Die Motive sprechen zwar nur von Verwendungen doch liegt kein Anlass vor, dass sie damit etwas anderes gemeint hätten

[3]) Motive Bd. 3 S. 31.

[4]) Cosaçk a. a. O. S. 562.

Staudinger billigt dem Geschäftsführer eine Vergütung selbst dann nicht zu, wenn die Tätigkeit zu seinem Gewerbe oder Berufe gehörte[1]).

Dagegen meint Isay, dass zu den Aufwendungen auch die aufgewendete Arbeitsleistung gehöre. Wenn das Gesetz in §§ 1835, 1915 ausdrücklich betone, dass als Aufwendungen auch solche Dienste des Vormnndes oder des Gegenvormundes zu gelten hätten, die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören, so könne man analog diese Vorschrift auch auf den Geschäftsführer ohne Auftrag ausdehnen umsomehr, als die Motive hervorheben, „es sei billig, dass der Vormund für solche Dienste, für welche er von jeder anderen Person eine Vergütung fordern könne, diese auch vom Mündel beanspruchen dürfe“[2]).

Isay glaubt die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auch aus den §§ 632, 612 B.G.B. entnehmen zu können, die eine Vergütung als stillschweigend vereinbart ansehen, wenn die Herstellung des Werks (oder die Leistung von Diensten) den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. „Als solcher Umstand gelte aber lediglich die Tatsache, dass die Vornahme einer Tätigkeit, wie sie die Geschäftsbesorgung erforderte, in den Kreis des Berufs oder der Erwerbsgeschäfte des gestor falle. Diese Tatsache genüge, um einen Ersatzanspruch auch dann entstehen zu lassen, wenn der dominus geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sei. Der ganze Unterschied zwischen dem Auftrage einerseits, dem Dienst- und Werkvertrage andrerseits, beschränke sich daher auf die Fälle, in welchen die Tätigkeit des Geschäftsführers nicht in die Sphäre seines Gewerbes oder Berufes falle, wo sie also keine Aufwendung sei. Das müsse auch für die Fälle der auftraglosen Geschäftsführung gelten.“ Isay kommt zu dem Ergebnis, dass zu den Aufwendungen des gestor auch diejenige Tätigkeit gehöre, welche innerhalb des Umfangs seines Gewerbes oder Berufes liege“[3]).

[1]) Staudinger a. a. O. S. 1223.
[2]) Motive Bd 4. S. 1181.
[3]) Isay a. a. O. S. 145 ff.

Der Ansicht Isays schliesse ich mich schon deshalb an, weil sie allein den Gesetzen der Billigkeit Genüge leistet. So erachte ich es mit dem Geist des Gesetzes für unvereinbar, in dem von Ruhstrat gegebenen Beispiel dem Arzt, der ins Theater gehen will und auf dem Wege dahin einem Verunglückten hilft, sodass er das Theater versäumt, nur das Eintrittsgeld zu ersetzen, aber keine Entschädigung für die geleistete Tätigkeit gewähren zu wollen Dies wäre eine allzuenge Auffassung. Die Dienstleistungen, die im Verkehr nur entgeltlich geleistet zu werden pflegen, sind m. E. in jedem Falle zu vergüten.

Wie bereits erwähnt, besteht eine Ersatzpflicht des Geschäftsherrn nur bezüglich derjenigen Aufwendungen, die der Geschäftsführer den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Diese Regelung entspricht voll und ganz dem, was schon im römischen Recht galt, wo der Mandatar Ersatz nur für diejenigen Aufwendungen erhielt, die ihm nach seinem redlichen Ermessen als notwendig erscheinen mussten[1]). (L. 27 § 4. D. 17, 1 u. l. 56. § 4 D.h.t.) Das Mass des Erforderlichen bestimmt sich nach der Verkehrssitte.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beauftragte nur die von ihm freiwillig gemachten Aufwendungen ersetzt verlangen kann. Nicht geregelt ist die Frage, wie Aufwendungen zu behandeln sind, die der Beauftragte unfreiwillig machen musste, ob z. B. ein dem Beauftragten bei Ausführung des Auftrages zufällig zugestossener Schaden von dem Auftraggeber zu ersetzen ist. Weist etwa das BGB. dem römischen Recht gegenüber insofern eine Lücke auf? Dieser Vorwurf könnte schon deshalb nicht erhoben werden, weil jene Frage auch in den Quellen eine zweifelsfreie Beantwortung nicht gefunden hat. In Betracht kommen die l. 26. § 6 D. 17, 1 u. l. 62 § 5 D. 47, 2. In der ersteren Stelle behandelt Paulus den Fall, dass bei Ausführung des Mandats der Mandatar von Räubern überfallen wird, oder durch

---

[1]) Windscheid S. 750. a. a. O. Dernburg Pandekten S. 318.

Schiffbruch oder Krankheit Schaden erleidet. Paulus lässt den Mandanten für die genannten Verluste nicht haften mit der Begründung: nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet. Anders die zweite von Africanus verfasste Stelle. Dieser billigt dem von einem für den Mandanten besorgten Sklaven bestohlenen Mandatar einen Ersatzanspruch zu. „nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. In der frühesten Zeit gab man — vor allem auch die Glossatoren — der Ansicht des Africanus den Vorzug, ohne jedoch andere Gründe als die der Billigkeit anzugeben. Die spätere Literatur neigt dagegen der Auffassung des Paulus zu. So sagt z. B. Thibaut: Der Bevollmächtigte ist verpflichtet, die ihn bei Ausführung des Mandats treffenden Unglücksfälle zu tragen. Thibaut ist der Meinung, dass dies klar aus der erwähnten l. 26. § 6. D. 17,1 hervorgehe, und missbilligt die durch eine „angebliche Billigkeit" gefolgerte gegenteilige Auffassung[1]).

Entgegen dieser als herrschende zu bezeichnenden Ansicht Thibauts ist in neuerer Zeit eine Reihe von Schriftstellern bemüht gewesen, der Auffassung des Africanus wieder Geltung zu verschaffen. So führt Unger aus, dass „der Mandant den aus der Ausführung des Auftrages entstehenden Schaden zu tragen habe, da er den Nutzen daraus habe"[2]). Unger will den Mandanten nur dann nicht haften lassen, wenn der Nachteil unvorhersehbar und unberechenbar gewesen ist. Er unterscheidet weiter, ob der eingetretene Unfall mit der Erfüllung des Auftrages in ursächlichem Zusammenhange steht, oder nicht. Im letzteren Falle soll der Schaden nicht auf das Mandat zurückgeführt und dem Auftraggeber zur Last gelegt werden können. Auch Eisele kommt zu dem Ergebnis, dass die Haftung des Mandanten aus Billigkeitsrücksichten statuiert werden müsse. Die Ver-

[1]) Thibaut, Syst d. Pandektenr. § 108 N. 18.

[2]) Unger, Handeln a. f. Gefahr S. 329 ff. (Arch. f. civ. Praxis Bd. 33).

ursachung des Schadens erblickt er darin, dass der Mandant dem Mandatar den Auftrag erteilt habe[1]).

Abgelehnt ist eine solche Ersatzpflicht vom Allgemeinen Landrecht, das ein Verschulden des Machtgebers voraussetzt. (Teil 1 Tit. 13 § 80). Anders wieder der Code civil, der den Auftraggeber auch ohne Verschulden des Mandanten haften lässt (art. 2000).

Was nun das B.G.B. anlangt, so erklären die Motive das Fehlen einer diesbezüglichen Vorschrift daraus, dass: „in Ansehung der Frage, inwiefern der Auftraggeber den Schaden zu tragen habe, welchen der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages durch Zufall erleidet, wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden kann“[2]).

Dass diese von Brückmann recht fadenscheinig genannte Begründung auch die Kommission nicht zufrieden stellte, geht aus den verschiedenen hierauf bezüglichen Anträgen hervor. So wurde beantragt, dem Gesetz einzufügen, dass der Auftraggeber für Verluste, die der Beauftragte aus Gefahren erleide, die nach dem (bestimmten) Inhalt des Auftrags von der Geschäftsbesorgung unzertrennlich sind, dem Beauftragten Ersatz zu leisten habe[3]). Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt mit der Begründung: „Es sei nach der Natur und dem Zwecke des Auftragvertrages als Regel nicht anzunehmen, dass der Auftraggeber sich zu mehr als zu dem Ersatze der Aufwendungen in jenem beschränkten Sinne habe verpflichten wollen, und es könne der Antrag, insoweit er dem Auftraggeber in wenig sicher umschriebenen Grenzen die Haftung für Gefahren auferlege, zu Belastungen des Auftraggebers führen, die dem Rechtsgefühle widerstreiten würden[4]).

---

[1]) Eisele, Die Haft d. Mandanten f. Schaden d. Mandatars Arch. f d. civ. Praxis. Bd. 84. S. 347ff.

[2]) Motive Bd. 2. S. 541.

[3]) Protokolle Bd. 2. S. 367.

[4]) Protokolle S. 369.

Isay folgert hieraus, dass die Verwerfung dieses Antrages deutlich die Meinung der Kommission zeige. Sie wollte, wie Isay meint, die Haftung des Mandanten für Verluste des Mandatars nicht, und zwar weil seiner Ansicht nach „die Kommission entweder in Wahrung ihres Standpunktes hätte aussprechen müssen, dass der Auftraggeber solche Aufwendungen nicht zu tragen habe oder aber sonst — wenn sie ihn zum Ersatze solcher Aufwendungen verpflichten wollte — den Antrag hätte annehmen müssen [1]). Demgegenüber weist Brückmann auf eine dritte von Isay ausser Betracht gelassene Möglichkeit hin, dass nämlich die Kommission die Interpretation des Begriffs „Aufwendungen" der Wissenschaft und Praxis habe überlassen wollen. Er ist der Ansicht, dass das Gesetz mit der Formulierung Aufwendungen einen Blankettbegriff geschaffen habe, den sinngemäss auszufüllen die Aufgabe der Wissenschaft und Praxis sein dürfte [2]).

So lebt die alte Streitfrage noch heute fort. Staudinger meint, dass ein dem Beauftragten bei Ausführung des Auftrages zugestossener Schaden nicht als Aufwendung im Sinne des § 670 B.G.B. zu betrachten sei. Das B.G.B. erkenne eine Ersatzhaftung ohne Verschulden abgesehen von einzelnen Ausnahmefällen (cf. §§ 829 833 Abs. 1. 835) nicht an [3]).

Ebenso verneinen Fischer-Henle, Matthias schlechthin eine Ersatzpflicht, wenn eine Schuld des Auftraggebers nicht vorliegt [4]). Dieselbe Auffassung teilt Planck, dessen Ausführungen die meisten neueren Schriftsteller als massgebend betrachten. Nach Planck lässt sich ein erlittener Schaden nicht unter die zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemachten Aufwendungen bringen, sodass ein Ersatzanspruch nicht zu konstruieren sei. (ebenso Endemann a. a. O. S. 803. Anm. 9) [5]).

[1]) Isay, a. a. O. S. 155/56.

[2]) Brückmann, a. a. O. S. 192.

[3]) Staudinger, a. a. O. Anm. 6 zu § 670 u. Anm. 6c. zu § 683.

[4]) Fischer-Henle, a. a. O. A. 3 z. § 670. Matthiassu. a. a. O. S. 341.

[5]) Planck, a. a. O. Anm. 5 zu § 670.

Dernburg dagegen lehnt die Schadensersatzpflicht nicht gänzlich ab. Nach ihm kommt für die Entscheidung in Betracht, „was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern“ [1]). Er will demnach den Auftraggeber für solche Zufälle zum Ersatz verpflichtet sehen, die sich unmittelbar aus der Ausführung des Auftrages ergeben. Er nennt hierfür als Beispiel den Schaden, welcher sich bei der zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Reise durch einen Eisenbahnunfall ereignet. Für Unfälle, die sich bloss anknüpfen, soll dagegen der Auftraggeber nicht einzustehen haben. Derselben Ansicht ist Landsberg, der Verluste und Schaden so weit vom Auftraggeber ersetzt wissen will, „wie im Einzelfalle nach Treue und Glauben gemäss den Verhältnissen der beiden Beteiligten, der Nähe der causalen Verknüpfung und der Bedeutung des übertragenen Geschäftes eine solche Ersatzleistung als geschuldet wird angesehen werden müssen“ [2]).

Oertmann unterscheidet, ob der Schaden voraussehbar war oder nicht. Bei voraussehbarem Schaden macht er den weiteren Unterschied, ob der Auftraggeber die Gefahr kannte und sie dem Beauftragten nicht mitteilte, oder ob der Beauftragte die Gefahr kannte. Im ersteren Falle hafte der Auftraggeber nach allgemeinen Grundsätzen, im letzteren Falle nicht, da der Beauftragte den Auftrag hätte ablehnen müssen. Kennen beide die Gefahr, so sei nach § 157 B.G.B. festzustellen, ob nicht der eine oder andere Teil das Risiko ausdrücklich oder konkludent übernommen habe, wobei im Zweifel die Gefahrübernahme des Auftraggebers zu vermuten sei. — War dagegen der eingetretene Zufall nicht voraussehbar, so solle der Auftraggeber für solche Zufälle haften, für die der Auftrag die direkte oder durch Zwischenglieder vermittelte indirekte Ursache bildet (z. B. wenn der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages durch einen Eisenbahnunfall verletzt wird). Eine Haftung bestehe nicht für solche unvorhergesehene Zufälle, für deren

---

[1]) Dernburg, bürgerl. Recht § 297. Anm. III S 375.
[2]) Landsberg, d. Recht d. B.G.B. S. 498.

Eintritt der Auftrag nur eine mehr oder minder entfernte Bedingung bilde. (z. B. wenn jemand gelegentlich eines zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Aufenthaltes in Rom einen Ausflug in die Campagna macht und sich dabei das Fieber holt).

Meinen Standpunkt fasse ich dahin zusammen: Es liegt kein Anlass vor, dem Beauftragten den Ersatzanspruch für unfreiwillige Aufwendungen zu versagen. Wenn das Gesetz einen Ersatzanspruch für Aufwendungen gibt, die ausschliesslich auf den Willen des Beauftragten zurückzuführen sind, so folgere ich, dass es erst recht und ohne dass eine ausdrückliche Bestimmung nötig wäre, einen Ersatzanspruch auch für Aufwendungen geben will, auf die der Wille des Beauftragten keinerlei Einfluss hat.

Man wird m.E. eine Haftung des Auftraggebers immer dann annehmen müssen, wenn der Schaden bei der Ausführung des Auftrages selbst oder in ursächlichem Zusammenhange mit der Geschäftsbesorgung geschieht.

Dasselbe wird für die Geschäftsführung ohne Auftrag zu gelten haben. Durchaus verfehlt erscheint mir hierbei, noch von einem von dem Geschäftsführer voraussehbaren oder nicht voraussehbaren Schaden zu sprechen. Ist der Schaden voraussehbar, so ist lediglich § 670 B.G.B. massgebend.

Lebenslauf.

Am 1. August 1888 wurde ich, Hans Freund, als Sohn des Kaufmanns Eduard Freund und seiner Ehefrau Flora geb. Feist zu Breslau geboren. Ich besuchte die evangelische Realschule und das Real-Gymnasium am Zwinger zu Breslau, das ich Ostern 1908 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Darauf studierte ich 1 Semester an der Universität Freiburg i. B. und 5 Semester an der Universität Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Ich hörte hierbei die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

Brie, Fischer, Gretener, Klingmüller, Leonhard, Herbert Meyer, Rosin, Schott, Richard Schmidt, v. Schulze-Gävernitz, Wolf, v. Wenckstern,

denen ich an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank ausspreche.

Am 22. Juni 1911 bestand ich die erste juristische Prüfung und am 11. Juli 1911 das Examen rigorosum. Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 6. Juli 1911 beim Kgl. Amtsgericht zu Münsterberg i. Schl. Zur Zeit bin ich bei dem Kgl. Landgericht in Breslau beschäftigt.